

LA JURIDICIDAD DE LA RESISTENCIA

Trabajo de Fin de Máster

Autor: Rodny Valbuena Toba

Tutor: Dr. Xavier Arbós Marín

Universidad de Barcelona

Máster de Estudios Jurídicos Avanzados

ÍNDICE

Resumen	2
Agradecimientos	3
I. Introducción	4
II. Legitimidad y obediencia.....	6
A. Noción de soberanía.....	6
1. Soberanía clásica.....	6
2. Soberanía popular.....	9
3. Soberanía nacional	10
B. Legitimidad como presupuesto de la obligación política	12
C. Resistencia a la opresión.....	16
1. Los cuatro hermanos.....	16
2. Marco teórico	18
D. Desobediencia civil.....	20
1. Concepto y origen	20
2. Marco teórico	23
III. Manifestaciones constitucionales	25
A. Constitución americana	25
1. Segunda Enmienda.....	27
B. Constituciones europeas	29
1. Constitución alemana.....	29
2. Constitución griega	31
3. Constitución portuguesa.....	33
C. Constituciones latinoamericanas	34
1. Constitución venezolana	34
2. Constitución ecuatoriana	36
3. Constitución paraguaya.....	37
4. Constitución argentina.....	39
D. Otras manifestaciones	39
1. Constitución timorense	39
2. Constituciones africanas	40
E. Reglas comunes y diferencias	41
IV. Resistencia en el Derecho.....	44
A. Como derecho positivo	44
1. Resistencia como término global.....	45

B. Como derecho fundamental.....	47
1. Riesgos para el orden democrático	50
2. El fratricidio	51
C. La reforma constitucional como alternativa a la revolución	52
V. Conclusiones.....	53
VI. Referencias bibliográficas.....	54

RESUMEN

Este trabajo se plantea como respuesta a dos preguntas acerca de la naturaleza del derecho de la desobediencia a la opresión. La primera de ellas es si la resistencia es, en efecto, un derecho. La segunda pregunta es hasta qué punto ella presenta una contradicción para el orden democrático la afirmación de que la resistencia es un derecho. Los dos objetivos serán delimitar el contenido jurídico de la resistencia a la opresión, en primer lugar, y determinar su alcance y límites constitucionales. Se ha utilizado la metodología funcionalista de Derecho comparado entre diversas constituciones del mundo para extraer reglas comunes sobre la regulación de la resistencia; así como un método conceptual para explorar las nociones de soberanía, obligación política, legitimidad y derechos fundamentales. Como resultado, se ha determinado que la resistencia a la opresión es un derecho fundamental que no ofrece una contradicción esencial hacia el orden constitucional, siempre que parta de la lealtad a la Constitución, se utilice como último recurso, se valga de medios adecuados y proporcionales, y se ejerza colectivamente.

Palabras clave: resistencia a la opresión; desobediencia civil; legitimidad.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco, en primer lugar, a mis grandes profesores del Máster de Estudios Jurídicos Avanzados.

En particular y sobre todo al Dr. Xavier Arbós Marín, por su guía, interés y apoyo sobre el tema que a continuación iniciaré su estudio. Sin sus concreciones, tan siquiera empezar este trabajo habría sido imposible.

Agradezco especialmente al Dr. Aitor Díaz Anabitarte, por sus muy pertinentes recomendaciones bibliográficas sobre la desobediencia civil.

También a mis padres, por su incondicional soporte.

Y, finalmente, a mis compañeros del máster, por su solidaridad y camaradería.

I. INTRODUCCIÓN

Las constituciones contemporáneas presumen de contener libertades descendientes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La libertad, la propiedad y la seguridad son derechos que se han replicado en casi todo texto constitucional a partir de la Revolución Francesa. Pero, ¿qué pasa con el cuarto, con el derecho a la resistencia a la opresión? ¿Por qué parece haber desaparecido?

Quisiera partir de la premisa de que no se ha perdido; antes bien, sus elementos han evolucionado tanto que ahora se juzga como algo totalmente distinto. De ser una autorización a la violencia como mecanismo de defensa popular en contra de la tiranía, parece ser hoy una figura de protesta y presión no violenta en contra de una legislación o estado de cosas particular.

Ambas manifestaciones me han llevado a iniciar este trabajo. En el primer caso, considero que todavía pueden encontrarse señales de este derecho de resistencia a la opresión, en particular en la Segunda Enmienda de la Constitución americana; disposición que, además, ha levantado un abundante debate acerca del porte de armas que considero está mal planteado. En el segundo caso, mi cercanía a la Constitución venezolana y a su actual entorno político me ha llevado a cuestionarme el verdadero contenido de su artículo 350: el derecho a la desobediencia civil.

Sin embargo, antes de analizar estas dos situaciones, junto a otras expresiones constitucionales actuales, debo conseguir respuesta a un problema inicial: ¿es la resistencia un derecho? Referencias a las teorías del Derecho, tanto de la época revolucionaria francesa, como de las constituciones más novedosas, serán imprescindibles para resolver esta cuestión. Adicionalmente, un segundo problema que planteo en este trabajo es si la resistencia es contradictoria con el orden constitucional; y, si lo es, hasta qué punto.

Formulo, como respuesta a la primera pregunta, la hipótesis de que la resistencia sí es un derecho, o un deber, dependiendo de su formulación. Este uso de la voz resistencia tendrá un sentido amplio, de modo que incluya en su ámbito a la desobediencia civil, toda vez que parte de esa misma conjetura es que la desobediencia es una actualización del derecho original de resistencia. El debate sobre la juridicidad de la desobediencia civil, ya planteado por autores como José Antonio Estévez Araujo¹, formará buena parte de la base teórica de este trabajo.

¹ José Antonio Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid: Trotta, 1994), p. 9.

Con respecto al segundo problema, sostendré que la desobediencia civil es una alternativa viable a los riesgos de la resistencia en sentido estricto; es decir, que la resistencia sí ofrece una contradicción básica con todo orden constitucional. No obstante, esto conllevará a afirmar que la reducción de los riesgos es directamente proporcional a la reducción de la eficacia de la desobediencia civil como derecho.

Es así que tendré dos objetivos generales. El primero de ellos será delimitar el contenido jurídico de la resistencia. Específicamente, procuraré describir la resistencia y la desobediencia civil como conceptos inicialmente diferenciados, luego comparar distintas manifestaciones constitucionales al respecto, para finalmente evaluar la posibilidad de unificar ambas nociones en un término global o paraguas.

El segundo objetivo general será el de determinar los límites constitucionales de la resistencia. En ese sentido, deberé analizar el concepto de legitimidad y de soberanía que propugnan las constituciones contemporáneas, para luego evaluar los riesgos de la resistencia, como derecho y como deber.

Por la diversidad de elementos de esta investigación, utilizaré principalmente un método inductivo de estudio con un enfoque político. Para el caso de la resistencia y de la desobediencia civil, me encauzaré en la relación del sistema político y el sistema jurídico a través del nexo Constitución; toda vez que los fenómenos objeto de esta investigación han sido percibidos como mecanismos de poder más que jurídicos, siguiendo la observación que al respecto ha propuesto Hannah Arendt².

Auxiliariamente, utilizaré metodología de Derecho comparado para el análisis de las manifestaciones constitucionales. Ya que he partido de la hipótesis de que ambos conceptos –resistencia y desobediencia civil– pueden unificarse en el género resistencia en sentido lato, el estudio comparado tomará parámetros funcionalistas³. Asimismo, seguiré la presunción de similitud de Zweigert y Kötz, para facilitar la formulación de las reglas comunes de la resistencia y de la desobediencia civil en cada ordenamiento seleccionado⁴.

Finalmente, utilizaré un método conceptual para la descripción de las nociones de legitimidad, obligación política y soberanía, así como para las conclusiones que de sus

²Hannah Arendt, *Crises of the Republic* (Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972), p. 99.

³ “A functional model will, as we have seen, provide an understanding of the institution of the jury (A) by reference to its social role (B)”. Geoffrey Samuel, «Comparative Law and its Methodology», en *Research Methods in Law* (Londres: Routledge, 2013), p. 111.

⁴ «[...] casi puede hablarse de un principio básico en el derecho comparado: los distintos sistemas jurídicos prescriben soluciones idénticas o muy similares, aun en los detalles, a los mismos problemas de la vida, pese a significativas diferencias en historia, estructura conceptual y estilo de operación». Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al Derecho Comparado* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 44.

estudios puedan derivarse. Las interpretaciones serán sobre todo teleológicas. Esta metodología, conjugada con la perspectiva política e inductiva, me permitirá darle sentido jurídico al objeto de la investigación.

Con ella en mente, he dividido el trabajo en tres partes. Un primer desarrollo conceptual, en el que incluyo la soberanía, la legitimidad y la obligación política, y en donde también ubicaré los estudios sistemáticos de los conceptos de resistencia y desobediencia civil, con sus resultados. Seguidamente, realizaré la comparación de la Constitución americana, y de algunas constituciones europeas y latinoamericanas, entre otras, a partir de las cuales expondré las reglas comunes de la resistencia. Finalizaré el desarrollo con algunas reflexiones acerca del contenido jurídico de la resistencia, acompañadas de algunos argumentos en torno al debate sobre la contradicción de este fenómeno con el orden constitucional.

Al abordar esta investigación, reconozco ciertas limitaciones epistemológicas. En primer lugar, la indefinición del objeto de estudio como jurídico requerirá de un prudente trabajo de argumentación. En segundo lugar, mi experiencia procedente del Derecho venezolano será un obstáculo para la intersubjetividad de las ideas que serán presentadas, y como tal lo tendré en cuenta a la hora de la exposición de las ideas. Por último, el trabajo se presenta, a primera vista, en un campo muy amplio de investigación, con posibilidades para numerosas metodologías y enfoques; en tal sentido, en las conclusiones procuraré indicar otras perspectivas a partir de las cuales podría continuarse esta investigación.

II. LEGITIMIDAD Y OBEDIENCIA

A. Noción de soberanía

1. Soberanía clásica

Denomino soberanía clásica –o real o monárquica– a la que fue enunciada por Juan Bodino en el siglo XVI, primer momento en el que el concepto aparece descrito como una característica fundamental del poder político. La fórmula de Bodino es que «la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república»⁵. De esta forma es entendida la soberanía antes de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, y viene a ser la idea detrás del Antiguo Régimen. Dicho esto, Bodino solo recogió y bautizó como concepto un fenómeno que se había estado manifestando históricamente desde las polis griegas y la Roma arcaica, siglos antes⁶.

⁵ Jean Bodin, *Los seis libros de la república* (Madrid: Aguilar, 1973), p. 46.

⁶ Xavier Arbós, «Orígens i evolució del concepte de sobirania», en *Les transformacions de la sobirania i el futur polític de Catalunya* (Barcelona: Proa, 2000), pp. 33-68 (p. 36).

La soberanía no puede entenderse como sujeta a un lapso de tiempo determinado⁷, ni puede decirse que es temporal cuando quien la ejerce lo hace de forma delegada por el verdadero soberano⁸; y, en el mismo sentido, es absoluta en tanto que el soberano no es responsable por el ejercicio del poder, en tanto que se manifiesta a través de actos de voluntad⁹.

En razón de ser propiamente un poder, en Bodino abundan las analogías entre la soberanía y los bienes. Por ejemplo, la idea de que el soberano ostenta la propiedad, y sus magistrados y demás súbditos serían poseedores precarios; la «posesión verdadera y natural, aunque vaya contra la ley» de un ladrón como analogía al poder de un tirano, es decir, que lo toma por la fuerza; el acto de conferir poder soberano, entendido como una donación¹⁰; entre otros símiles que facilitan la comprensión de este nuevo concepto denominado soberanía.

Otro gran aporte de Bodino fue el de describir los atributos de esa soberanía. Estos solo pueden ser identificados en tanto que sean poderes incommunicables a los súbditos del soberano¹¹. Estas características aparecen en el Capítulo X de su Libro I, e inician con un trabajo de descarte, de acuerdo al criterio de identificación que recién he descrito, de aquellos actos que no son soberanos¹².

El primer, y más importante, atributo de la soberanía, es el de «dar ley a los súbditos en general sin su consentimiento»¹³. Bodino, sobre esta característica, llega a sostener que de ella derivan todas las demás, por lo que, ante una teoría de la soberanía que la

⁷ «També és fonamental destacar el caràcter “perpetu”, perquè tant durarà l'Estat com la sobirania, i aquesta sobreviurà al sobirà quan aquest mori, perquè passarà al seu successor». Arbós, p. 43.

⁸ «La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo [...] Tampoco el pueblo se despoja de la soberanía cuando instituye uno o varios lugartenientes con poder absoluto por tiempo limitado». Bodin, p. 48.

⁹ «Puesto que el príncipe soberano está exento de las leyes de sus predecesores, mucho menos estará obligado a sus propias leyes y ordenanzas. Cabe aceptar ley de otro, pero, por naturaleza, es imposible darse ley a sí mismo, o imponerse algo que depende de la propia voluntad». Bodin, p. 52.

¹⁰ Bodin, pp. 46-50.

¹¹ «Es preciso que los atributos de la soberanía sean tales que solo convengan al príncipe soberano, puesto que si son comunicables a los súbditos no puede decirse que sean atributos de la soberanía». Bodin, p. 65.

¹² «Siendo esto así, debe decirse que no es atributo de la soberanía la jurisdicción, porque es común al príncipe y al súbdito. Tampoco el nombramiento o destitución de oficiales, porque este poder lo comparten el príncipe y el súbdito... El mismo juicio nos merece la distribución de penas y recompensas, puesto que magistrados y capitanes las atribuyen a quienes las merecen, en la misma medida que el príncipe soberano... Tampoco constituye atributo de la soberanía tomar consejo sobre los asuntos de estado, función que es propia del consejo privado o del senado de una república, el cual siempre ha estado separado del soberano...». Bodin, pp. 65-66.

¹³ Bodin, p. 57; Arbós, p. 45.

describiese con esta única marca, él estaría de acuerdo¹⁴. Este atributo requiere, además, que el poder no esté sometido a la aprobación de un inferior, igual o superior, por cuanto, en cualquiera de estas situaciones, no estaríamos en presencia de una monarquía soberana¹⁵. De esta marca devienen el resto: «declarar la guerra o negociar la paz»; «instituir los oficiales principales»; el «derecho de última instancia»; «conceder gracia a los condenados»; definir «la moneda, la medida y los pesos»; y «gravar a los súbditos con contribuciones e impuestos»¹⁶.

Para entender la soberanía clásica, sin embargo, es insuficiente satisfacerse con Bodino. En el siglo XVII, Inglaterra pasó por una guerra civil en la cual se puso a prueba el concepto de soberanía que se había manejado hasta entonces, en una de las monarquías más longevas de Europa. La breve república instaurada por Cromwell llevó a pensadores a cuestionarse cada vez más acerca de la naturaleza del poder. Uno de ellos fue Thomas Hobbes, quien, en su *Leviatán*, procuró ordenar un Estado soberano en el cual reafirma, como había sugerido Bodino, que la gran marca de la soberanía es la de hacer y anular las leyes¹⁷.

El aporte de Hobbes a este respecto fue establecer dos características vitales del concepto de soberanía, características que serán replicadas por filósofos políticos posteriores. Según Hobbes, los poderes soberanos han de ser incommunicables e inseparables¹⁸. Esto es, intransferibles e indivisibles.

Esto crea un problema: ¿cómo puede conciliarse la separación de poderes con la indivisibilidad de la soberanía? Sin querer, Bodino había dado ya la respuesta, al comprender que el ejercicio de la soberanía por parte de un delegado consistía en una cesión temporal de poderes, los cuales volverían al soberano una vez culminado el lapso¹⁹. Este fenómeno se observa con mucha más claridad cuando hablamos de soberanía popular.

¹⁴ «Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando en propiedad, puede decirse que solo existe este atributo de la soberanía». Bodin, p. 68.

¹⁵ «El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular. Con esto no se dice bastante, sino que es preciso añadir: sin consentimiento de superior, igual o inferior [...] Si el rey no puede hacer leyes sin el consentimiento de un superior a él, es en realidad súbdito; si de un igual, tiene un asociado, y si de los súbditos, sea del senado o del pueblo, no es soberano». Bodin, p. 66.

¹⁶ Bodin, pp. 68-72.

¹⁷ «[...] is annexed to the Sovereignty, the whole power of prescribing the Rules, whereby every man may know, what Goods he may enjoy, and what Actions he may doe, without being molested by any of his fellow Subjects». Thomas Hobbes, *Leviathan* (Londres: Reimpreso por Oxford University Press, 1651), p. 137.

¹⁸ Hobbes, p. 139.

¹⁹ «la ley manda que el gobernador del país, o el lugarteniente del príncipe, devuelva, una vez que su plazo ha expirado, el poder, puesto que solo es su depositario o custodio». Bodin, p. 47.

2. Soberanía popular

Ya Bodino había identificado la soberanía popular como una de las formas en las cuales se puede organizar un Estado. Destacó que el pueblo en masa puede ser el titular de la soberanía, y que las decisiones en estos Estados surgen de la mayoría²⁰. Sus análisis se limitan a responder cómo desde esa soberanía surgen los principados, y no responde si sus atributos son iguales. Hobbes, más adelante, reconoce que este poder soberano existe en tanto que pueda ser representado por un hombre o por una asamblea, partiendo de una teoría contractualista del origen del Estado²¹. Junto a ellos, otros autores de aquel momento histórico ya hablaban de la comunidad y del conjunto de ciudadanos como origen necesario para el ejercicio del poder real²².

Encontramos a partir de estos antecedentes una primera crisis de la noción de soberanía, y viene de la mano de Jean-Jacques Rousseau. Hasta entonces, el problema teórico que planteaba la soberanía popular era en cómo podía ser posible que el pueblo fuese el soberano, si se debe partir de la premisa según la cual el soberano no puede ser responsable de sus actos, ni puede tener asociados de igual rango, ni puede su poder ser dividido. Hobbes ayudó a resolver la cuestión perfeccionando la noción de representatividad, pero fue *El contrato social* en donde se empezó a entender que el soberano popular es distinto a los súbditos de esa soberanía, en la misma medida en la que la sociedad es distinta del individuo²³.

Su aporte fue mucho más esclarecedor al desarrollar la idea de que la soberanía de la voluntad general –equivalente a la soberanía popular– es inalienable. Esta voluntad no es entendida, sin embargo, como la suma de cada voluntad particular, ya que tiene un contenido de interés general²⁴. Es así distinto el poder que se delega de la voluntad que lo delega, y con esta fórmula se puede justificar la existencia de diversos poderes²⁵.

²⁰ «El estado popular es aquella forma de república en la que la mayor parte del pueblo unido manda con poder soberano sobre los demás». Bodin, p. 95.

²¹ «The only way to erect such a Common Power [...] is, to conferre all their power and strength upon one Man, or upon one Assembly of men, that may reduce all their wills, by plurality of voices, unto one Will». Hobbes, p. 131.

²² Juan de Mariana, Francisco Suárez y Hugo Grocio, entre otros, tal como refiere Arbós, pp. 46-49.

²³ «En efecto, cada individuo puede, como hombre, tener una voluntad particular contraria o diferente de la voluntad general que tiene como ciudadano». Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social* (Madrid: Aguilar, 1970), p. 20.

²⁴ Arbós, p. 57.

²⁵ «Afirmo, pues, que la soberanía, no siendo más que el ejercicio de la voluntad general, no puede nunca ser enajenada, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede estar representado más que por sí mismo: el poder puede transmitirse, pero no la voluntad». Rousseau, p. 27.

El argumento es tanto más elegante cuanto que Rousseau solo observa un atributo de la soberanía: la potestad de hacer las leyes²⁶. Sostiene, por ejemplo, que el declarar la guerra y hacer la paz no consiste en una ley, sino en una aplicación de la ley. Procede además a hacer una mordaz crítica a las teorías que, como la de Hobbes, entienden al Estado compuesto por partes, como si fuesen pedazos de un cuerpo unidos en un tétrico collage²⁷.

Este desarrollo no habría sido posible sin la aparición de la doctrina de los derechos del Hombre. Una visión menos enfocada en el poder acerca de la soberanía popular, podría conducirse hacia los derechos fundamentales, y es de hecho lo que ha permitido una perspectiva más contemporánea²⁸. Afirmar que la soberanía reside en el pueblo es igual a afirmar que la soberanía está repartida en partes iguales entre cada individuo que conforma ese grupo informe denominado pueblo. Asimismo, la soberanía popular está igualmente distribuida como igualmente distribuidos están los derechos entre los ciudadanos.

Ante la soberanía popular, lo difícil es identificar cuándo se está en presencia de un evento de manifestación de la voluntad soberana. Pudiéndolo identificar, será suficiente para determinar en dónde se encuentra el poder constituyente. Este, según Schmitt, no es responsable ante ninguna otra entidad, de suerte que su poder es absoluto en el sentido de que no está atado ni siquiera a la Constitución²⁹. Así, se sigue que los ciudadanos pueden corregir por mano propia los fracasos de la Constitución³⁰.

3. Soberanía nacional

Sin estar en directa oposición a Rousseau, el abate Sieyès propone un titular distinto. Le da un nombre a esa masa: nación; y además exige que no sea un simple grupo, sino que les ordena dos elementos característicos de su definición: (i) comunidad de ley, y

²⁶ «Como el soberano no tiene otra fuerza que el poder legislativo, no actúa sino mediante leyes». Rousseau, p. 94.

²⁷ «Dicen que los charlatanes del Japón despedazan a un niño a la vista de los espectadores; luego, echando al aire todos sus miembros uno tras otro, vuelve a caer el niño vivo y entero. Tales son, aproximadamente, los juegos de manos de nuestros políticos; después de desmembrar el cuerpo social con una prestidigitación digna de feria, vuelven a juntar las piezas no se sabe cómo». Rousseau, p. 29.

²⁸ «la soberanía popular no es otra cosa que, en positivo, la suma de aquellos fragmentos de soberanía que son los derechos de todos». Luigi Ferrajoli, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), 15-53 (p. 28).

²⁹ «Según la doctrina democrática del poder constituyente del pueblo, éste, como titular del Poder constituyente, se encuentra fuera y por encima de toda regulación constitucional». Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982), p. 237.

³⁰ «Cuando la Constitución representativa fracasa ante retos que afectan los intereses de todos los ciudadanos, el pueblo puede resucitar los derechos originarios del soberano bajo la forma de los ciudadanos, incluso de los ciudadanos singulares. En última instancia, el Estado democrático de derecho depende de este defensor de la legitimidad». Jürgen Habermas, *Ensayos políticos* (Barcelona: Península, 1988), p. 61.

(ii) comunidad de legislatura³¹. Esta soberanía tiene su arraigo en el pueblo representado, y por tanto se acerca más a la idea de soberanía según John Locke: poder absoluto del Parlamento, limitado por ciertos derechos inviolables de los individuos³².

De su idea de nación se desprende que, si bien acepta lo sostenido por Rousseau acerca de que el pueblo es el único titular de la soberanía, también entiende al pueblo como soberano siempre que se encuentre igualmente representado. La representatividad es la principal diferencia entre el sistema directo de Rousseau y la voluntad común representativa propuesta por Sieyès, que además es distinta de la voluntad común nacional, en donde reside la verdadera soberanía³³.

El panfleto de Sieyès tiene una función principalmente coyuntural, como oposición al hecho de que el tercer estado fue convocado a los estados generales franceses sin las condiciones democráticas que se exigían³⁴. El abate Sieyès defiende su posición con el argumento de que el tercer estado es el único que puede formar una nación, ya que los otros dos –la nobleza y el clero– no se encontraban sometidos a una misma ley y a una misma legislatura³⁵.

Al entender al titular de la soberanía como una masa sometida a un mismo ordenamiento –es decir, sin privilegios particulares– y representada por un mismo cuerpo –que además es, en palabras de Sieyès, «el origen de toda legalidad»³⁶– solo resta identificar qué atributos tiene esta nueva soberanía nacional.

En vista de que, igual que Rousseau, esta manifestación de poder es equiparable a la voluntad de una entidad concreta, los argumentos del abate Sieyès están constantemente relacionados con el verbo querer³⁷. Y, en ese sentido, esta novedosa

³¹ «¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley *común* y representados por la misma *legislatura*». Emmanuel Sieyès, *¿Qué es el tercer estado?* (Madrid: Aguilar, 1973), p. 13.

³² «Locke, en canvi, fonamenta molt bé una nova era que s'obre a Anglaterra, amb una llarga vida per davant: la del Parlament sobirà [...] La supremacia del legislador és òbvia en la proposta de Locke, com ho és la seva limitació: el respecte a determinats drets individuals». Arbós, p. 55.

³³ «1.º Esta voluntad [la voluntad común representativa] no es plena e ilimitada en el cuerpo de los representantes, no es sino una porción de la gran voluntad común nacional. 2.º Los delegados no la ejercen como un derecho propio, es el derecho de otro; la voluntad común no está ahí sino en comisión». Sieyès, p. 73.

³⁴ Arbós, p. 60.

³⁵ «El Tercero abraza, pues, todo lo que pertenece a la nación; y todo lo que no es el Tercero no puede ser mirado como de la nación. ¿Qué es el Tercero? Todo». Sieyès, pp. 14-15.

³⁶ «La voluntad nacional, por el contrario, no tiene necesidad sino de su realidad para ser siempre legal; ella es el origen de toda legalidad». Sieyès, p. 78.

³⁷ «Si los señores y el rey no son representantes de la nación, no son nada en el poder legislativo, pues solo la nación puede querer por sí misma y, por consiguiente, crearse leyes. Todo lo que entra en el cuerpo legislativo no es competente a votar por los pueblos sino en tanto que está encargado de su procuración». Sieyès, p. 64.

entidad denominada nación, solo puede efectivamente «querer» dentro del poder legislativo, es decir, solo tiene vocación de crear leyes.

Desde otro punto de vista, más acorde con el momento histórico del panfleto de Sieyès, hay que tener en cuenta que los estados generales tenían el poder legislativo: es decir, son soberanos³⁸. Ahora bien, si el tercer estado es «todo», debe ser el soberano. Además, el tercer estado es el único que puede entrar dentro de la noción de nación, por ende, la soberanía es ejercida nacionalmente³⁹. No solo eso, sino que, si la nación consiste en el sometimiento a una ley común creada por comunes representantes, el único ámbito en el que se cumplen estos requisitos es en el poder legislativo. El círculo lleva a la conclusión necesaria de que la creación de las leyes es la marca de la soberanía nacional.

Con todo, Sieyès procuraba encontrar intangibilidad en la voluntad común representativa a través de la idea de Constitución⁴⁰. No concibe una soberanía representada ilimitadamente, sino que se refiere a legisladores sometidos a normas superiores, cuyo origen proviniese de la nación. Ello solo es posible a través de una norma fundamental que prescriba los procesos de formación de leyes.

B. Legitimidad como presupuesto de la obligación política

El pensamiento de Carl Schmitt es especialmente ilustrativo acerca de la idea de legitimidad dentro de un Estado constitucional democrático. «Una Constitución es legítima [...] cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida»⁴¹. De acuerdo con ello, el reconocimiento es indispensable para considerar a una norma suprema como legítima. Nótese cómo el autor no le resta eficacia a la voluntad del poder constituyente, esto es, la ciudadanía; un Estado no puede ser democrático sin ese acuerdo, bien sea expreso o tácito⁴².

³⁸ «Si los Estados generales son el intérprete de la voluntad general y tienen a título de tal el poder legislativo [...]» Sieyès, p. 22.

³⁹ «Pero Sieyès no sólo hará un planteamiento sociológico de la burguesía como nuevo sujeto político sino que también llevará a cabo una formulación estrictamente política, identificando tercer estado con burguesía y burguesía con Nación». José Peña González, *Historia política del constitucionalismo español* (Madrid: Dykinson, 2006), p. 24.

⁴⁰ «Sieyes és el primer teòric europeu que defensa la supremacia de la Constitució, per damunt la llei, i, alhora, un crític dur del concepte sobirania». Arbós, p. 62.

⁴¹ Schmitt, p. 104.

⁴² «También es siempre posible y fácil de reconocer un acuerdo tácito del pueblo. En la simple participación en la vida pública fijada por una Constitución, puede verse, por ejemplo, una conducta concluyente, mediante la cual basta manifestarse con claridad la voluntad constituyente del pueblo [...]. De esta manera puede adjudicarse a las más distintas Constituciones el carácter de la legitimidad democrática, en tanto se basen en el Poder constituyente del pueblo, presente siempre, incluso cuando sólo actúa por la tácita». Schmitt, p. 107.

La soberanía schmittiana es tanto más pragmática como delicada. Para él, «soberano es quien puede decidir sobre el estado de excepción»⁴³. Con esta noción, Schmitt reduce el poder absoluto a quien puede suspender parcialmente a voluntad su propia obediencia debida a la Constitución. Describe un estado de cosas jurídico, mas no siempre legítimo: los estados de excepción son útiles, pero son una puerta utilizada frecuentemente en la Historia para dar paso a la dictadura y la tiranía.

Sin embargo, este énfasis en el poder del estado de excepción debe ser matizado con las anteriores reflexiones acerca de la legitimidad democrática que solo puede obtenerse a través del acuerdo del poder constituyente. Golpes de Estado o supresiones de constituciones que no modifiquen al titular de este poder no tienen que ser automáticamente catalogados como ilegítimos; el juicio amerita un acercamiento al reconocimiento del poder constituyente originario. Así, si su sujeto cambia (del monarca al pueblo, por ejemplo, o viceversa), entonces sí existirá una completa destrucción de la Constitución. El autor agrega que, solo en el caso del cambio de monarca a pueblo, podría hablarse de una nueva legitimidad por vía del principio democrático; pero el caso opuesto significa la instauración de una tiranía contraria al contractualismo⁴⁴.

La idea de la intangibilidad del poder constituyente abre la puerta a construcciones teóricas más arriesgadas. Schmitt concibe a la Constitución como formada por instituciones fundamentales y normas adicionales más orgánicas que esenciales⁴⁵. El autor alemán sostiene, a propósito, que no todo ataque al texto constitucional constituye alta traición o rebelión, sino solo lo serán aquellos que estén dirigidos contra sus instituciones fundamentales y a los fundamentos de la vida política⁴⁶. Más aún, Schmitt reconoce que los quebrantamientos constitucionales pueden ser necesarios –muy excepcionalmente– si se encuentra en juego la propia existencia del poder constituyente, la cual ocupa un lugar prioritario sobre la pura legalidad⁴⁷. Ahora bien, estos quebrantamientos están relacionados a los estados de excepción (característica propia que separa al soberano del resto, según Schmitt), pero también se refiere a los golpes de Estado que no cambien al

⁴³ Arbós, p. 66.

⁴⁴ «Si una Constitución es suprimida [...], eso es siempre anticonstitucional [...]. Pero el Poder constituyente no se suprime con eso. Se hace activo de nuevo frente a la nueva situación [...]». Schmitt, p. 110.

⁴⁵ Schmitt, p. 48.

⁴⁶ Schmitt, p. 132 y ss.

⁴⁷ «Su necesidad [de los quebrantamientos de la Constitución] resulta de la situación especial de un caso concreto, de una coyuntura anormal imprevista. Cuando se adoptan tales quebrantamientos y medidas en interés de la existencia política del todo, se muestra con ello la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad. Quien está facultado y en condiciones de realizar tales actuaciones, obra soberanamente». Schmitt, p. 122.

poder constituyente, como los ejemplos que ofrece en la Francia del siglo XIX⁴⁸. En consecuencia, los ciudadanos en tanto que poder constituyente no dejan de ser el soberano, incluso ante situaciones extremas de excepción.

Ahora bien, la relación entre el poder constituyente y los poderes constituidos se denomina obligación política. Es definida por Falcón y Tella como «la obligación que el individuo debe al Estado y viceversa»⁴⁹. Mayoritariamente es tratada como una obligación moral⁵⁰, lo que levanta problemas sobre su valor jurídico desde una perspectiva positivista. Por ello es importante compaginar el concepto con la noción de legitimidad que he desarrollado. Es importante destacar que las cuestiones sobre legitimidad solo se pueden plantear con respecto a los poderes públicos. El poder constituyente, es decir, el pueblo, es siempre legítimo.

Habermas parte de la idea de una Constitución formada por principios que no se concentran únicamente en las normas positivas. Su noción de legitimidad, sin alejarse demasiado de la definición ya ofrecida, requiere que el poder constituido se acople a esos principios. Solo de ese vínculo puede surgir cualquier obligación política⁵¹. La diferencia entre Habermas y Schmitt –junto a Josef Isensee, basados en Hobbes y Kant– en este punto se da, justamente, en el campo de la desobediencia civil. Cuando este se opone a ella con base en la seguridad jurídica, aquel responde que esa argumentación no toma en cuenta la pretensión de legitimidad sobre la que se sustenta el Estado de Derecho⁵².

⁴⁸ « En las revoluciones francesas y golpes de Estado de 1848, 1851, 1852 y 1870, ocurrió un cambio constitucional con quebrantamiento o supresión de las Constituciones existentes hasta el momento, pero con mantenimiento y reconocimiento del Poder constituyente del pueblo francés. No surgió aquí el problema de una discontinuidad del Estado francés». Schmitt, p. 110.

⁴⁹ María José Falcón y Tella, *La desobediencia civil* (Madrid: Marcial Pons, 2000), p. 289. Otra definición la circunscribe a aquella obligación que «enlaza al individuo con la comunidad política en cuanto tal, vínculo que patentiza la existencia de una relación política de poder-sujeción, mando-obediencia, y que se configura como un doble y recíproco requerimiento, el del imperado, a obedecer a la autoridad de la comunidad política, y el de ésta a no mandar sino aquello que puede ser obedecido». Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático* (Madrid: Marcial Pons, 1999), pp. 50-51.

⁵⁰ «La obligación política es la obligación moral de respetar el sistema jurídico en su globalidad, o más concretamente, la de respetar la norma fundamental o regla de reconocimiento que la sustenta, lo cual no comporta necesariamente el tener que respetar cada una de las singulares obligaciones jurídicas establecidas por la autoridad. Podríamos decir, por tanto, que cumplir con la obligación política, respetarla, no supone obedecer ciegamente el Derecho, es decir, obedecer acrítica e incondicionalmente toda cualquier norma jurídica. Implica, más bien, obediencia cualificada». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 55. En el mismo sentido: «La obediencia a la ley tiene que darse de un reconocimiento reflexivo y, por lo tanto voluntario, de aquella aspiración normativa a la justicia que late en todo ordenamiento jurídico». Habermas, *Ensayos políticos*, p. 57.

⁵¹ «La Constitución ha de justificarse en virtud de unos principios cuya validez no puede depender de que el derecho positivo coincida con ella o no. Por este motivo, el Estado constitucional moderno sólo puede esperar la obediencia de sus ciudadanos a la ley si, y en la medida en que, se apoya sobre principios dignos de reconocimiento a cuya luz, pues, pueda justificarse como legítimo lo que es legal o, en su caso, pueda comprobarse como ilegítimo». Habermas, *Ensayos políticos*, p. 58.

⁵² Habermas, *Ensayos políticos*, pp. 79-80.

Afirmar una obediencia cualificada es necesario para poder resolver esta paradoja de la legitimidad en la que, con el único propósito de conservar la seguridad jurídica, se sacrifica la correspondencia de principios que da vida a la obligación política⁵³.

Presupuesto de esta obligación política es la legitimidad: la relación afirmativa entre el poder constituyente y la Constitución, en tanto que norma que da forma a los poderes constituidos. El reconocimiento del pueblo sobre el sistema que lo rige es crucial para dotar de legitimidad a los poderes que ejercen la soberanía, bien en su nombre o incluso en el nombre propio de un soberano real. En su *Discurso sobre la servidumbre voluntaria o el Contra Uno*, Étienne de la Boétie pone de relieve la magnitud de este intercambio⁵⁴. Con elaborada retórica, sostiene que los tiranos se mantienen en el poder por fuerza de la costumbre y la ignorancia de sus súbditos. Al mismo tiempo, sugiere que ese vínculo es alterable a voluntad de los oprimidos, quienes decidirían siempre vivir en libertad si no estuviesen sometidos a las condiciones de ignorancia impuestas por el tirano⁵⁵.

El problema del tiranicidio es de legitimidad. Con respecto a tiranía, me valgo del concepto usado por John Locke: si la usurpación es la subrogación ilegítima de un titular del poder, entonces la tiranía es la usurpación sumada a la extensión arbitraria de los poderes soberanos⁵⁶. Cuando Bodino sostenía que la obligación política del súbdito era obedecer las leyes del soberano, hacía la salvedad con respecto a aquellas leyes que estuviesen en contra del Derecho divino. Toda vez que el soberano solo podía ser juzgado por su único superior, pocas garantías tenían los súbditos ante las injusticias de un soberano tiránico. La solución clásica de Bodino es alegar un déficit de legitimidad: el tirano no ostenta realmente la soberanía, sino que la ocupa ilegítimamente. En consecuencia, su derrocamiento violento está justificado⁵⁷.

Ahora bien, las teorías de justificación del tiranicidio responden a un período histórico preconstitucional. ¿Cómo encuadrarlas dentro de un Estado de Derecho contemporáneo? En palabras de Schmitt, la democracia es la identidad sustancial entre gobernantes y gobernados. Se sigue de ello que aquel órgano que rompiese con esa

⁵³ «El Estado de derecho que quiere mantenerse idéntico a sí mismo se encuentra ante una tarea paradójica. Tiene que proteger y mantener viva la desconfianza frente a una injusticia que pueda manifestarse en formas legales, si bien no cabe que tal desconfianza adopte una forma institucionalmente segura». Habermas, *Ensayos políticos*, p. 59.

⁵⁴ Étienne De La Boétie, *Discurso sobre la servidumbre voluntaria o el Contra Uno* (Madrid: Tecnos, 1980).

⁵⁵ «[I]a servidumbre era voluntaria porque uno solo, el tirano, no podría oprimir si no contase con la tolerancia de los oprimidos». Falcón y Tella, p. 359.

⁵⁶ John Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 1963), p. 415.

⁵⁷ «Però notem que el que defineix el tirà és que ocupa el lloc del sobirà sense títol legítim: mereix la mort, com qualsevol súbdit que atempti contra el seu sobirà». Arbós, p. 45.

igualdad, quebrantaría consigo el orden democrático gravemente. Este tirano no sería legítimo en tanto que nunca tuvo la competencia para gobernar⁵⁸. En consecuencia, el soberano popular, carne misma del poder constituyente schmittiano, ha de tener el derecho a restaurar el orden roto. En esto consiste el significado del derecho de resistencia a la opresión que será tratado a continuación.

C. Resistencia a la opresión

1. Los cuatro hermanos

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) es la más importante aparición jurídica del derecho de resistencia a la opresión en toda su pureza⁵⁹. Aparece retratado junto a los demás derechos que fundamentaron los eventos de la Revolución Francesa, como lo son la libertad, la propiedad y la seguridad: «La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

Son estos los cuatro hermanos; pertenecen a una camada fértil que servirá de precedente para la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), y para toda la teoría generacional de los derechos humanos. De hecho, continuando con la metáfora, podría decirse que el derecho de resistencia a la opresión es el mayor de esos hermanos. Ello teniendo en cuenta el contexto revolucionario de su aparición, ya que la realización de que la tiranía es superable fue la que permitió el desarrollo de los otros tres derechos.

John Locke hizo un desarrollo importante al respecto. Sostuvo que, una vez que la ley se hace dañina, se está en presencia de una tiranía⁶⁰. Esta constituye un estado de guerra entre los hombres, por lo tanto, es una fuerza nociva que amerita otra de igual magnitud para ser combatida, que denomina revolución⁶¹. No basta con reconocer el derecho constituyente originario del pueblo, ya que es una burla hablar de ello cuando este se encuentra sometido por una tiranía⁶²; por ello, debe reconocerse el derecho a acabar

⁵⁸ «Una Dictadura contradice a los principios del Estado liberal de Derecho, por ser propio de la Dictadura el que al dictador no se le dé una competencia general normada, circunscrita y prefigurada, sino que el volumen y contenido de su *autorización* dependen de su *criterio*, con lo que ya no hay una competencia en el sentido del Estado de Derecho». Schmitt, p. 232.

⁵⁹ Ramón García Cotarelo, *Resistencia y desobediencia civil* (Madrid: Eudema, 1987), p. 56.

⁶⁰ Locke, p. 418.

⁶¹ Locke, pp. 419-20.

⁶² «[e]l *liberalismo*, que tiene su origen en el pensamiento de Locke, ha conjurado el peligro de las mayorías tiránicas y ha postulado la prioridad de los derechos humanos». Jürgen Habermas, *La inclusión del otro* (Barcelona: Paidós, 1999), pp. 252-53.

con ella, e incluso a prevenirla⁶³. Aclaró que la fuerza debe ser un último recurso, pero por ello no deja de ser un derecho el resistir a dicha tiranía⁶⁴.

La visión de Locke sobre estas fuerzas es casi matemática. Locke entendía que la resistencia es un derecho porque nadie está obligado a vivir sometido a la tiranía. Así, no es una agresión hacia el opresor ya que es este el agente del daño, y cualquier reacción es una defensa. En tal sentido, cualquier daño causado en la ejecución del derecho de resistencia es anulado –o justificado– por el daño de la tiranía⁶⁵. Aplicado domésticamente, este derecho difiere en poco de las acciones que se ejercieren contra invasores extranjeros, para las cuales la resistencia se reconoce, e incluso se implementaban forzosamente como obligación de los súbditos del reino⁶⁶.

De esta manera, el derecho de resistencia busca un cambio en quien ejerce el poder en nombre del soberano. Al considerar que el gobernante ha obtenido dicho poder de forma ilegítima, o bien se ha hecho ilegítimo durante el ejercicio del poder, el soberano –entendido como poder constituyente en términos de Schmitt– podrá retirar el mandato del usurpador por los medios que encuentre necesarios⁶⁷. Estos mecanismos incluyen la fuerza, ya que, al ser un ejercicio de soberanía, las normas constitucionales de transición del poder están sometidas a esa voluntad popular. Más aún, el ejercicio del derecho de resistencia es un intento del soberano por restaurar el orden constitucional quebrantado por el tirano⁶⁸.

La resistencia de la que hablo no debe confundirse con la revolución. Ugartemendia Eceizabarrena define a la revolución –también llamada resistencia revolucionaria, a mi parecer equivocadamente–, de la siguiente manera: «transformación ilegal del sistema jurídico-político existente *en cuanto* llevada a cabo por vías y métodos no reconocidos por éste»⁶⁹. La diferencia es el objetivo: la revolución busca cambiar un sistema de gobierno, y la resistencia busca un cambio de gobierno sin alterar la norma de reconocimiento⁷⁰; asimismo, se verá que la desobediencia civil, en su caso, busca un cambio legal más

⁶³ Locke, p. 429.

⁶⁴ De forma análoga a la hazaña de Odiseo y sus hombres en la cueva de Polifemo así recogida por Homero, una primitiva instancia de resistencia a la opresión de la que da cuenta Locke, p. 435. Otras instancias antiguas de la práctica de la desobediencia civil aparecen en el mito de Prometeo y en Antígona, como refiere Falcón y Tella, p. 308.

⁶⁵ Locke, pp. 422-23, 430.

⁶⁶ Locke, pp. 436-37, 443.

⁶⁷ En un sentido amplio, la resistencia es «el derecho del particular, o de grupos organizados, o de órganos del Estado, o de todo el pueblo, de oponerse con cualquier medio, incluso con la fuerza, a un poder ilegítimo o al ejercicio arbitrario y violento, no conforme al derecho, del poder estatal». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 101.

⁶⁸ «[e]l derecho de resistencia encontrará justificación en esa suprema norma, quedando de esta manera configurado como el derecho que detentan los sometidos al poder público a preservar y/o restablecer el estatus que aquélla establezca». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 102.

⁶⁹ Ugartemendia Eceizabarrena, p. 175. Cursivas del autor.

⁷⁰ Falcón y Tella, p. 97.

concreto⁷¹. La revolución, practicada violentamente, contiene una transgresión de la obligación política que no tiene la resistencia civil⁷²; esto es clave para el análisis sobre su juridicidad.

2. Marco teórico

Mucho antes de su formulación moderna, el derecho de resistencia aparece en la escolástica medieval como un derecho subjetivo de protección contra el poder, bien por ilegitimidad de origen o bien ilegitimidad de ejercicio⁷³. Si bien la resistencia a la opresión aparece hecha derecho en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ya en la Revolución Americana se había observado puesta en práctica. El derecho se justificaba en una teoría contractualista, sobre todo a partir de la lectura de Locke. Además, estaba inspirado por las ideas republicanas radicales de las *Cato's Letters*, atribuidas a los autores británicos John Trenchard y Thomas Gordon. Fue denominado «derecho de alzamiento», el cual, por la frecuencia de su uso en las décadas previas a la independencia, era considerado una tradición americana⁷⁴.

Dentro de un marco teórico contractualista, la sociedad se configura con la forma de un pacto entre particulares. En el caso de un Estado, el contrato social es el acuerdo a través del cual se pone fin al estado de naturaleza con una de dos finalidades: (i) la de limitar la maldad intrínseca del ser humano (según Hobbes); o (ii) la de conservar su libertad, razón y, en general, su bondad natural (según Locke y Rousseau).

Encuadrada dentro de un contrato, la sociedad crea al Estado para que funja de albacea del acuerdo. La Constitución se convierte, así, en el contrato entre esa sociedad y el Estado que ha creado. Ahora bien, en tanto que contrato, ciertos principios serían de aplicación. En este sentido, el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión es una manifestación de voluntad de ponerle fin a ese pacto, por causas plenamente justificadas en razón de una ilegitimidad sobrevenida del Estado⁷⁵. La resistencia, pues, es una *exceptio non adimpleti contractus* con un efecto resolutorio: devolvería a la sociedad a su estado de naturaleza para la reformulación de las cláusulas⁷⁶.

⁷¹ Ugartemendia Eceizabarrena, p. 177.

⁷² «Por ejemplo, podemos entender como “civil” la conducta revolucionaria dirigida a derrocar un régimen totalitario en el que se da una constante y brutal violación de los derechos humanos». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 178.

⁷³ Falcón y Tella, p. 87.

⁷⁴ Pauline Maier, *From Resistance to Revolution* (Nueva York: W. W. Norton, 1991), pp. 27-28.

⁷⁵ «El derecho de resistencia está basado en la convicción medieval de que el poder del rey, lejos de ser absoluto, está limitado y se convierte en una tiranía cuando rompe sus obligaciones». García Cotarelo, p. 50.

⁷⁶ García Cotarelo, p. 29.

La resistencia encuentra espacio dentro del contractualismo, pero esta corriente pertenece a la filosofía política y no del Derecho. Según Rubio Llorente, el derecho de resistencia moderno se configura en el siglo XVIII como una justificación de Derecho natural para las revoluciones que se desarrollarían más adelante⁷⁷. Las teorías del contrato social se desarrollan en el contexto iusnaturalista de las revoluciones burguesas, mas rápidamente será adaptado al positivismo de los siglos XIX y XX. Ahora bien, la resistencia no encuentra ese espacio en esta corriente⁷⁸.

Curiosamente, a partir de esta segunda generación constitucional⁷⁹, desaparece el derecho de resistencia a la opresión, con sus excepciones. La consolidación del positivismo, cuya supervivencia depende de la conservación irrestricta del orden jurídico, parece haber acabado casi definitivamente con el mayor de esta familia de derechos que han dado vida a la Edad Contemporánea⁸⁰. Tras la fase declarativa del derecho de resistencia (siglo XVIII), el positivismo terminaría por reducir el derecho de resistencia a una formulación teórica iusnaturalista⁸¹. Esto lo llevaría a su virtual extinción, salvo a ciertas especies de su género, como la reforma constitucional y la desobediencia civil, como exploraré más adelante⁸².

No obstante, debe decirse que, por su hegemonía intelectual, el positivismo jurídico tiene numerosas versiones, generalmente variables en relación con la intensidad de la intangibilidad del ordenamiento. Según Bentham, el Derecho debe ser obedecido ya que existe una obligación de los individuos de obedecer las normas de la sociedad de la que son parte. Esta visión es defendida por Atria⁸³.

Ahora bien, así como el positivismo más contemporáneo –al ser opuestos, son también espejo uno del otro–, el neoconstitucionalismo procura explicar los fenómenos jurídicos a partir del terremoto filosófico que significó la Segunda Guerra Mundial. Una versión menos radical de esta teoría es la variante garantista, esbozada por Ferrajoli. Dentro de ella, Ferrajoli parece sugerir que el derecho de resistencia es incompatible con

⁷⁷ Francisco Rubio Llorente, «La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», en *Libro homenaje a J. Sánchez Covisa* (Caracas: Sucre, 1975), pp. 905-24 (p. 919).

⁷⁸ García Cotarelo, p. 31.

⁷⁹ Santiago Muñoz Machado, *Vieja y nueva constitución* (Barcelona: Planeta, 2016), p. 252.

⁸⁰ «Para el positivismo, el cual acude en esto a un razonamiento de corte netamente conservador, la expresión “derecho de resistencia” es una contradicción en los términos: la resistencia, se entiende, sólo puede ejercerse contra el poder del cual emanan las normas, únicas que permiten reconocer derechos». García Cotarelo, p. 57.

⁸¹ Ugartemendia Eceizabarrena, pp. 113-14.

⁸² Una interesante lista de las especies del género resistencia aparece en Ugartemendia Eceizabarrena, p. 123.

⁸³ Fernando Atria, «La ironía del positivismo jurídico», *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27 (2004), 81-139 (p. 118).

el neoconstitucionalismo⁸⁴. Aquí la hipótesis que esboqué al inicio comienza a cobrar forma: la desaparición del derecho de resistencia coincide con el surgimiento del neoconstitucionalismo y de la desobediencia civil. ¿Es posible que la desobediencia civil sea la explicación neoconstitucionalista del derecho de resistencia?

D. Desobediencia civil

1. Concepto y origen

Tanto quienes celebran como quienes critican las penas de los desobedientes civiles están de acuerdo en que, a veces, la ley es injusta⁸⁵. La desobediencia civil se erige como un mecanismo de protesta pacífica en contra de una norma que se considera inconsistente con el resto del ordenamiento jurídico⁸⁶. Estévez Araujo aclara que la acción debe constar de tres elementos clave: (i) ilegalidad, (ii) publicidad, y (iii) no-violencia⁸⁷. Además de estos básicos, existen otros elementos de la definición cuya discusión abordaré a continuación. Falcón y Tella, por ejemplo, recoge cuatro requisitos de la desobediencia civil⁸⁸:

1. Aceptación voluntaria de las sanciones por parte del desobediente.
2. Último recurso, esto es, agotamiento de los mecanismos legales para lograr el cambio legal.
3. Excepcionalidad.
4. Proporcionalidad en los medios.

García Cotarelo entiende que la desobediencia civil es una traducción de los enunciados socráticos: acatar la ley es asumir todas sus consecuencias⁸⁹. Por ello también es importante agregar la disposición de sufrir el castigo como un elemento del concepto⁹⁰. Esto no es compartido por Hannah Arendt, para quien el sufrimiento voluntario de la pena no pertenece a la teoría de la desobediencia civil, sino a la teoría del realismo jurídico impulsada por Oliver Wendell Holmes⁹¹.

⁸⁴ Luigi Ferrajoli, «Sobre los derechos fundamentales», en *Teoría del neoconstitucionalismo*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), pp. 71-89 (p. 75).

⁸⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Londres: Duckworth, 1978), pp. 186-87.

⁸⁶ «[a]quell acte públic contrari a la llei, no violent, fet per motius de consciència però alhora polític, que hom emprén normalment amb l'objectiu de provocar un canvi en la llei o en les polítiques del govern». John Rawls, *Una teoría de la justicia* (Gerona: Accent, 2010), p. 454.

⁸⁷ «[A]ctuación ilegal, pública y no-violenta llevada a cabo con el objetivo de cambiar una ley o política gubernamental». Estévez Araujo, p. 22.

⁸⁸ Falcón y Tella, p. 52 y ss.

⁸⁹ García Cotarelo, pp. 138-39.

⁹⁰ «De esta forma viene a entenderse, como desobediencia civil un acto de quebrantamiento público de la norma por razones de conciencia y por medios pacíficos, con aceptación voluntaria de las sanciones que dicho quebrantamiento lleve». García Cotarelo, p. 154.

⁹¹ Arendt, p. 66.

También se ha dicho que la individualidad es requisito de la desobediencia civil. Arendt tampoco está de acuerdo, antes bien afirma que el factor individual no es determinante para la desobediencia⁹². En todo caso, al ser una manifestación de consciencia, el factor relevante es la subjetividad⁹³.

Según Rawls, la desobediencia civil se guía por los principios políticos que dan vida a la justicia, la Constitución y las instituciones sociales⁹⁴. En esa línea, considero que en Estados constitucionales es posible un consenso axiológico mínimo y no solo un consenso procedimental, como sostiene Habermas, ya que el ejercicio del poder va más allá de su adecuación al principio de legalidad⁹⁵. El valor de referencia en la comparación suele ser la justicia: en presencia de un ordenamiento justo en conjunto, una o varias normas serán inconsistentes en tanto que no sean justas. De esta manera, la desobediencia civil surge como una forma de llevarlas a la palestra de la opinión pública en busca de un cambio normativo concreto, pero no del sistema completo.

Sin embargo, discurro que no es correcto entenderla como una mera expresión de descontento, como parece afirmar Estévez Araujo⁹⁶. Sin duda, en la mente del desobediente, su acción es algo más trascendental que una simple manifestación de su opinión contraria con respecto a una norma. No obstante, y en línea con Rawls, influenciar la opinión pública ocupa un lugar importante dentro de los objetivos del desobediente⁹⁷. Por ello, resistencia no es siempre desobediencia, toda vez que aquella busca siempre un cambio concreto e inmediato.

La literatura reconoce a Henry David Thoreau como el primer desobediente civil. El contexto filosófico de Thoreau era el trascendentalismo americano del siglo XIX, una corriente reaccionaria al industrialismo que estaba alcanzando su apogeo. Thoreau se negó a pagar impuestos, toda vez que consideraba inmoral la financiación que con ellos se hacía de la guerra de Estados Unidos de América contra México en 1846. Por ello es encarcelado fugazmente, mas lo suficiente para preparar un ensayo político inicialmente referido a la resistencia, y posteriormente titulado *La desobediencia civil*⁹⁸. Si bien no fue

⁹² Arendt, p. 55.

⁹³ Arendt, p. 62; García Cotarelo, p. 150.

⁹⁴ Rawls, p. 456.

⁹⁵ «[e]n las sociedades complejas la ciudadanía no puede ser mantenida unida mediante un consenso sustantivo sobre valores, sino a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder». Habermas, *La inclusión del otro*, p. 214.

⁹⁶ «La desobediencia civil debe ser entendida como un mecanismo informal e indirecto de participación en un ámbito de toma de decisiones que no cuenta con suficientes canales participativos». Estévez Araujo, p. 143.

⁹⁷ Rawls, p. 467.

⁹⁸ «Thoreau plantea el mismo problema que plantea Sócrates, pero adaptado a unas condiciones mucho más parecidas a las contemporáneas: no sólo me asiste el derecho a desobedecer las

realmente el primer desobediente –lo habían sido antes sus compañeros trascendentalistas–, sí fue el primero en escribir sobre la desobediencia civil⁹⁹.

John Rawls sostiene que Thoreau hizo objeción de conciencia, pero no desobediencia. Una acepción amplia del término desobediencia permitiría incluir a la objeción de conciencia¹⁰⁰. No obstante, la diferencia es que esta no apela al sentido de justicia de la mayoría, como sí lo hace aquella; razón por la cual la objeción de conciencia no es objeto de este trabajo. Ella se configura como una desobediencia egoísta, mientras que la desobediencia estrictamente hablando tiene un halo altruista. En cualquier caso, la diferencia es tan tenue que carece de relevancia¹⁰¹. Si la objeción de conciencia es un tipo de desobediencia civil que carece de castigo, entonces es un permiso y no una excepción.

La desobediencia civil thoroviana, esto es, el concepto en su estado más primitivo, no era una teoría política: antes bien, era una práctica social¹⁰². A partir de ella, el resto de los desobedientes más célebres le irían dando forma y técnica. Uno de ellos fue Gandhi, quien amplió la práctica al consolidar los elementos de no-violencia y de lealtad al ordenamiento jurídico¹⁰³. Tanto en Sudáfrica como en la India, la labor de Gandhi se desarrolló fuera del contexto thoroviano, pero en un sistema jurídico de la misma familia del *common law*. Su gran aporte fue mostrar que la desobediencia civil es un mecanismo que puede funcionar sin que signifique una contradicción esencial al orden constitucional. En palabras de Falcón y Tella, «un acto de desobediencia civil es una ilegalidad benigna o bien, se podría decir, una ilegalidad técnica, pero no una ilegalidad sustancial»¹⁰⁴.

América ha sido el escenario más fértil para la desobediencia civil. Un ejemplo es el de los desobedientes al saludo a la bandera durante la Segunda Guerra Mundial, en el período 1940-1943¹⁰⁵. Pero fue la lucha de Martin Luther King en la que mejor se plasmaron los principios de la desobediencia civil. En la defensa de los derechos civiles de los afroamericanos, King acerca la práctica de Gandhi a una teoría más formal. Parte también de la lealtad al ordenamiento, representada en la voluntad de aceptar el castigo por las

normas del Estado contrarias a mis convicciones más íntimas, sino también a *los actos del gobierno que vayan contra esas mismas convicciones*». García Cotarelo, p. 140. Cursivas de la fuente.

⁹⁹ Antonio Casado da Rocha, «Henry Thoreau y compañía. De la teoría a la praxis», en *Enfoques de la desobediencia civil* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2001), pp. 33-52 (pp. 37-38).

¹⁰⁰ Rawls, p. 459.

¹⁰¹ Rawls, p. 462.

¹⁰² Casado da Rocha, p. 46.

¹⁰³ «Sería el tiempo el encargado de resolver esta contradicción: la desobediencia civil planteada por Gandhi en todo caso se formulaba con entera lealtad a los fundamentos jurídico-políticos de la metrópoli». García Cotarelo, p. 143.

¹⁰⁴ Falcón y Tella, p. 42.

¹⁰⁵ Dworkin, p. 213.

acciones desobedientes¹⁰⁶. Además sostiene que la Constitución, en tanto que norma suprema, puede colmar las lagunas de la desobediencia civil¹⁰⁷. La desobediencia civil solo puede darse partiendo de la lealtad a la Constitución¹⁰⁸ o, en todo caso, a sus principios de base. Ugartemendia recoge también el argumento de la lealtad como requisito indispensable para estar en presencia de este fenómeno: «Hablar de una desobediencia “civil” contraconstitucional es [...] una *contradictio in terminis*»¹⁰⁹. Lo mismo, argumento, es cierto acerca de la resistencia, ya que se ampara en el alejamiento de los poderes públicos de los principios constitucionales que les otorgan legitimidad.

En todo caso, la desobediencia civil no puede manifestarse bajo cualquier circunstancia. Es necesario un presupuesto democrático efectivo para que esta pueda ser eficaz. Al respecto encuentro acertada la afirmación de Casado da Rocha, al determinar que es imprescindible la concurrencia de ciertos factores: (i) respeto a los derechos humanos, (ii) libre opinión pública y (iii) una democracia liberal. En todos los demás casos, solo cabe la resistencia, toda vez que no hay presencia de una legitimidad de base¹¹⁰. Ello sin perder de vista su carácter de último recurso¹¹¹.

2. Marco teórico

Hay un problema esencial en la discusión sobre la desobediencia civil: su legalización parece ser, en sí misma, una negación del orden jurídico¹¹². Dicho de otra forma, existe una contradicción entre el posible reconocimiento de un derecho a la desobediencia civil y el castigo del acto desobediente¹¹³.

Por su origen, es imprescindible recurrir a filósofos anglosajones al tratar de resolver esta contradicción. Hannah Arendt parte de la premisa según la cual el espíritu del Derecho americano es la autonomía de la voluntad¹¹⁴. No es casualidad que dos grandes exponentes de la desobediencia civil –Thoreau y King– surgiesen en Estados Unidos de América: la receta, según Arendt, es el sistema de *common law* y la doctrina centenaria del *judicial review*¹¹⁵.

¹⁰⁶ «Quien acepta disciplinadamente la sanción que conlleva su desobediencia, está afirmando con ello su lealtad al conjunto del ordenamiento jurídico-político donde se produce dicha desobediencia». García Cotarelo, p. 156.

¹⁰⁷ Casado da Rocha, p. 50.

¹⁰⁸ Falcón y Tella, p. 47.

¹⁰⁹ Ugartemendia Eceizabarrena, p. 94.

¹¹⁰ Casado da Rocha, pp. 45, 50.

¹¹¹ «Estas formas “no normativizadas” de resistencia intrasistémica actuarán en la medida en que las legalizadas resulten ineficaces o inoperantes». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 409.

¹¹² García Cotarelo, p. 166; Arendt, p. 73.

¹¹³ Dworkin, p. 187.

¹¹⁴ Arendt, p. 85.

¹¹⁵ Arendt, p. 53.

Si el desarrollo de la teoría de la desobediencia se da en ese contexto, necesariamente está inspirada en ese espíritu contractualista. Es a esto, y a la lealtad al ordenamiento globalmente entendido, a lo que se refiere el adjetivo «civil» que acompaña a la expresión¹¹⁶. Así, la desobediencia civil se reduce al incumplimiento de una cláusula del pacto social¹¹⁷, por lo tanto, siempre sería antijurídica, salvo que operase alguna excepción¹¹⁸ análoga a la que encontraríamos en el Derecho contractual.

Sainz de Rozas sistematiza dos grupos de teorías sobre la juridicidad de la desobediencia, distintas a esta hipótesis contractualista. Existe un primer grupo más conservador –encabezado por Rawls–, según el cual la desobediencia permite detectar focos de tensión dentro de un ordenamiento. Según esto, sería un *troubleshooter* (en términos informáticos) del orden jurídico; un mecanismo sistémico para su depuración. El segundo grupo –con Habermas y Arendt dentro– sostiene una teoría ética: la desobediencia es un mecanismo dialéctico contra el poder absoluto de la mayoría al que tiende la democracia¹¹⁹.

La crítica a ambos es que solo dan cuenta de razones políticas de la desobediencia civil. Con ellas, difícilmente podría hablarse de un derecho subjetivo. La segunda teoría tiene el problema adicional de que, si la Constitución previese otros medios para la representación efectiva de las minorías, la desobediencia perdería su razón de ser. El problema de la desobediencia debe afrontarse desde los derechos fundamentales.

Dworkin es claro al defender la tesis según la cual la desobediencia civil no es un derecho autónomo; en todo caso, es un atributo intrínseco de los derechos fundamentales de libertad¹²⁰. La posibilidad de desobedecer ciertas normas es la garantía de los derechos fundamentales, ya que la desobediencia se basa en la dudosa legitimidad o validez de una norma¹²¹. Estévez Araujo interpreta adicionalmente que la desobediencia es un test de constitucionalidad de las leyes¹²².

Desde este punto de vista, no es imposible encuadrar una desobediencia civil legítima en una teoría positivista bastante flexible, rayando en el constitucionalismo

¹¹⁶ «[l]a calificación “civil” de una conducta desobediente viene determinada por la actitud de respeto o cumplimiento de la obligación política por parte del ciudadano». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 97.

¹¹⁷ O como una ruptura de la obligación política de los ciudadanos, según García Cotarelo, p. 137.

¹¹⁸ Arendt, pp. 92-93.

¹¹⁹ Rafael Sainz de Rozas, «Tratamiento jurídico de la desobediencia civil», en *Enfoques de la desobediencia civil* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2001), pp. 53-65 (p. 62).

¹²⁰ “The right to disobey the law is not a separate right, having something to do with conscience, additional to other rights against the Government. It is simply a feature of these rights against the Government, and it cannot be denied in principle without denying that any such rights exist”. Dworkin, p. 192.

¹²¹ Dworkin, p. 208.

¹²² Estévez Araujo, p. 36.

garantista de Ferrajoli. Escribe Estévez Araujo que un «planteamiento que niega toda posible justificación jurídica de la desobediencia civil sólo puede sustentarse desde los presupuestos de un positivismo estricto o de un decisionismo de corte autoritario»¹²³.

Las teorías éticas explicadas más arriba sostienen que, en el proceso dialéctico de la desobediencia civil, el Derecho es la tesis. Con ello, la norma cuya modificación busca el desobediente tiene igual peso en la síntesis: el cambio jurídico. Sin embargo, este cambio no se daría nunca dentro del Derecho, ya que implica su alteración a través de medios no previstos por él¹²⁴. Esto es cierto en una teoría jurídica positivista e incluso contractualista.

El neoconstitucionalismo, con su método de la ponderación como bandera, ofrecería un razonamiento más abierto. La «transformación de los derechos fundamentales en principios» trae consigo la imagen de unos derechos de magnitudes idealmente idénticas, que solo adquieren mayor o menor peso al traerlos al caso concreto. De esta manera, un acto de desobediencia civil sería legítimo –y hasta constitucionalmente lícito– si el principio del cual es expresión es más grave que la obligación a la ley quebrantada por el acto desobediente¹²⁵.

III. MANIFESTACIONES CONSTITUCIONALES

A. Constitución americana

A los efectos del concepto de la resistencia, la historia prerrevolucionaria en América es más ilustrativa que la revolución en sí misma. El *rioting* y el uso de la fuerza estaban expresamente prohibidos en las colonias británicas. Pauline Maier desarrolla un recuento sobre cómo las revueltas prerrevolucionarias surgían al interpretar que una norma concreta de la metrópoli era ilegal; así, se hacía legítimo resistirla violentamente –siempre como último recurso– ante un estado de guerra¹²⁶.

Los Whigs –en este contexto, colonos adeptos al liberalismo– entendían que la violencia podía estar justificada si se ejercía contra un poder ilegítimo ya que, al serlo, tal poder no existía. Tanto la ejecución de Carlos I durante la Revolución Inglesa en 1649,

¹²³ Estévez Araujo, p. 145.

¹²⁴ Arendt, pp. 79-80.

¹²⁵ «Los actos de desobediencia civil en los regímenes representativos contemporáneos puede considerarse que se realizan bien en ejercicio de un derecho fundamental que se considera abusivamente limitado por una decisión de la autoridad, o bien como forma de cuestionamiento de la constitucionalidad de una determinada ley [...] La justificación jurídica de estos actos de desobediencia dependerá, en última instancia, de la proporcionalidad de la protesta que, a su vez, vendrá determinada por el carácter proporcionado del medio empleado, por un lado, y los daños causados, por otro». Estévez Araujo, p. 10.

¹²⁶ Maier, pp. 11, 19-22.

como la Revolución Gloriosa en contra de Jacobo II en 1688, eran eventos vistos como revoluciones justificadas; se entendía que ambos reyes se habían *desreinado* al actuar de forma contraria al espíritu de las leyes¹²⁷.

Según Maier, el punto de *desreino* en América, esto es, el momento en que los colonos Whigs consideraron iniciado el estado de guerra, fue en 1774 con las *Intolerable Acts* o 'Leyes Intolerables'. Entre otras cosas, las *Intolerable Acts* deshicieron el gobierno representativo de algunas colonias, y ordenaron el acuartelamiento de tropas británicas en propiedad privada. A partir de ellas, el gobierno británico habría perdido toda legitimidad sobre las colonias, con lo cual se abrió la posibilidad de solucionar el déficit de acomodación por medio de la resistencia, incluso violenta, como resultó al cabo de dos años con el inicio de la Guerra de Independencia¹²⁸.

Los panfletos y documentos que instigaban los actos revolucionarios respondían a una lógica de Derecho natural, no positivo¹²⁹. Aunque reconocían el derecho a la revolución, los revolucionarios se enfocaron inicialmente en crear mecanismos para evitar o reducir los alzamientos¹³⁰. Maier deduce cuatro condiciones para que pueda justificarse la resistencia violenta en la Revolución Americana¹³¹:

1. La fuerza debe ser el último paso de la resistencia.
2. La resistencia solo debe ser utilizada en contra de faltas graves y generales. Es decir, los actos revolucionarios no pueden estar dirigidos a reparar cualquier error o cobrar algún rencor privado.
3. La resistencia debe ser apoyada, si no ejecutada, por una masa altamente representativa de la población general. El mayor acto revolucionario no violento fue la Declaración de Independencia, aprobada por un Congreso Continental que tenía la vocación de representar a cada una de las colonias.
4. La resistencia requiere prudencia en los métodos y un análisis costo-beneficio. Es decir, los actos revolucionarios debían dar resultados claros y efectivos que avanzasen el fin de la ilegitimidad de origen.

Estos parámetros laten detrás de los alzamientos previos a 1776, y desaparecen en cuanto la revolución interna toma forma de guerra internacional, una vez que Estados Unidos de América es reconocido por otras potencias, y redacta una Constitución en 1787. A partir de entonces, la justificación de la violencia carece de relevancia ya que no estamos

¹²⁷ Maier, p. 40; Locke, pp. 422-23.

¹²⁸ Maier, p. 274.

¹²⁹ Maier, p. 41.

¹³⁰ Maier, pp. 28, 31.

¹³¹ Maier, pp. 32-38.

en presencia de un ejercicio del derecho a la resistencia, sino de actos que pertenecen al ámbito del *ius in bello*.

1. Segunda Enmienda

Tras la Constitución americana, en diciembre de 1791 se aprobó la ‘Carta de Derechos’, o *Bill of Rights*¹³², en la forma de enmiendas constitucionales. De esta manera, y a diferencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las enmiendas tenían un contenido jurídico mucho más positivo que la mera enumeración y declaración de derechos. Si bien su espíritu partía de las ideas ilustradas con gran contenido de Derecho natural, la Carta de Derechos tiene rango constitucional en un análisis positivista de la Constitución americana.

La Segunda Enmienda contiene rasgos importantes para el examen sobre el cual discurre: «En tanto que es necesaria una milicia bien reglamentada para la seguridad del Estado, el derecho del pueblo a poseer y a portar armas no será infringido»¹³³. Sumariamente ha sido denominado como el derecho a portar armas. Como el resto de las disposiciones constitucionales americanas, está dirigido a limitar el poder del Estado antes que a prescribir claramente un estado de cosas deseado. Se trata de una disposición con dos contenidos: uno es propiamente un derecho, y otro es su garantía. Es una fórmula que ya se encontraba repetida en normas constitucionales de algunos estados de la federación¹³⁴.

La manifestación de propósito es la seguridad del Estado: es este el derecho que entiendo protege la Segunda Enmienda. En la tradición americana, no existía el monopolio de la violencia como justificación del Estado¹³⁵. La necesidad de una milicia era coyuntural y no permanente, por lo menos en el inicio de la Revolución Americana. El Ejército Continental fue desmovilizado tras la Guerra de Independencia, aunque volvería a adquirir un estatus de fuerza armada permanente en 1791 como un mecanismo de defensa contra

¹³² Término que ha sido desarrollado en la doctrina del siglo XX y no en el momento de la ratificación de las enmiendas que la conforman. *Bill of Rights* fue el modismo adoptado definitivamente por la jurisprudencia y la doctrina americanas a partir de la Segunda Guerra Mundial, tras un endoso público de la expresión por el presidente Franklin D. Roosevelt, con el propósito de justificar la superioridad moral del sistema democrático liberal sobre sus adversarios bélicos; ello según Gerard N Magliocca, «The Bill of Rights as a Term of Art», *Notre Dame Law Review*, 92 (2016), 231-69 (p. 255).

¹³³ “A well regulated militia being necessary to the security of a free State, the right of the People to keep and bear arms shall not be infringed”.

¹³⁴ Eugene Volokh, «The Commonplace Second Amendment», *NYU Law Review*, 73 (1998), 793-821 (p. 793).

¹³⁵ Maier, p. 16.

los crecientes ataques de nativos. Esta noción de seguridad es la que está llamada a proteger la Segunda Enmienda.

Según Schroeder, dos casos emblemáticos y recientes sobre la Segunda Enmienda decididos por la Corte Suprema –Distrito de Columbia vs. Heller (2008), y McDonald vs. Chicago (2010)– han partido de una interpretación histórica de la norma, de la cual se ha derivado la teoría del porte de armas como derecho individual. Esta es la interpretación más extendida en la doctrina americana¹³⁶. Sin embargo, esta visión histórica pasa por alto el elemento volitivo del constituyente: el porte de armas es protegido en la medida en que permita garantizar la seguridad del Estado a través de las milicias¹³⁷. Un método de interpretación constitucional constructivo, que además vaya sin perjuicio de una posición originalista, debería tomar en cuenta el espíritu de la norma, sin dejar de lado su sentido literal¹³⁸.

Esa protección la busca a través de una garantía: la libertad individual de poseer y portar armas. Los ideales republicanos defendían el acto de alzarse en armas contra una tiranía, por lo que el control absoluto de un ente sobre el uso de la fuerza representa una contradicción ideológica. De allí el desdén hacia el monopolio de la violencia¹³⁹. Al ser una «garantía institucional es, por su esencia, limitada»¹⁴⁰. Esto ha sido reconocido por la Corte Suprema en los casos Heller y McDonald: un límite genérico hacia el porte de armas es inconstitucional, salvo que sea justificado y responda a criterios de razonabilidad¹⁴¹.

En efecto, se ha sostenido que existe un doble propósito detrás de la Segunda Enmienda: proveer un medio de defensa a los ciudadanos, y servir de contrapeso a la tiranía¹⁴². Esta última función me lleva a derivar de la Segunda Enmienda un derecho a la resistencia en la Constitución americana.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que las interpretaciones sobre la Segunda Enmienda han estado enmarcadas en un círculo político muy álgido acerca de la influencia

¹³⁶ Nicholas Schroeder, «Passive Virtues and the Second Amendment», *Michigan State Law Review; J.D.*, 2016, 1357-1407 (p. 1364).

¹³⁷ Schroeder, p. 1366.

¹³⁸ Randy E Barnett y Evan Bernick, *The Letter and the Spirit: the Judicial Duty of Good-Faith Constitutional Construction* (Washington, D.C., 2017), p. 73 <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1946>>.

¹³⁹ Zanita Fenton, «Disarming State Action; Discharging State Responsibility», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 52 (2017), 47-71 (p. 48).

¹⁴⁰ Schmitt, p. 175.

¹⁴¹ Schroeder, p. 1369.

¹⁴² «The two purposes of the Second Amendment, according to Individual Right theorists, are: (1) to provide citizens with a means of self-defense; and (2) to serve as a check on tyranny.» Schroeder, p. 1367. También: «Just as importantly, the presence of an armed populace was seen as a check on government tyranny and on the power of a standing army. With the citizenry armed, imposing tyranny would be far more difficult than it would be with the citizenry defenseless.» Glenn Harlan Reynolds, «A Critical Guide to the Second Amendment», *Tennessee Law Review*, 62 (1995), 461-511 (p. 466).

de los *lobbies*. La Asociación Nacional del Rifle (NRA, por sus siglas en inglés) ha ejercido influencia considerable sobre las legislaciones de los estados para fomentar versiones amplias de la teoría del derecho individual del porte de armas¹⁴³.

Este debate tiene rasgos de muchos otros retos constitucionales actuales en Estados Unidos de América; rasgos cuya esencia escapa de una interpretación teleológica de la norma. Se han limitado a visiones exclusivamente originalistas. Ello ha sido advertido por cierta doctrina que encuentra el debate arcaico¹⁴⁴. Más aún, una interesante tesis sostiene que el propósito de la Segunda Enmienda se ha visto obsoleto tras el desarrollo de armas nucleares, en el sentido de que el porte de armas para la formación de milicias ya no es un remedio plausible contra un gobierno tiránico¹⁴⁵. Ello es especialmente revelador sobre el valor que la doctrina le da al elemento de resistencia presente en la Segunda Enmienda de la Constitución americana.

B. Constituciones europeas

1. Constitución alemana

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949; en adelante, Ley de Bonn) es uno de los casos en los que el derecho de resistencia ha sido constitucionalizado positivamente, y por lo tanto es de especial relevancia analizarla en este trabajo. Su artículo 20 se titula «Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia», y se desarrolla en cuatro apartados:

1. La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.
2. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.
3. El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.
4. Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

La inclusión de este derecho en la Ley de Bonn responde a una necesidad histórica. Tras la Segunda Guerra Mundial, en el contexto de los Juicios de Núremberg, los constituyentes alemanes concibieron la necesidad de evitar la recaída en un gobierno autoritario. Tal como se ha hecho en el Código Penal francés, Alemania plasmó el derecho

¹⁴³ Don B Kates, «Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment», *Michigan Law Review*, 82.2 (1983), 204-73 (p. 205); Don B Kates, «The Second Amendment: A Dialogue», *Law and Contemporary Problems*, 49 (1986), 143-50 (p. 143).

¹⁴⁴ Al respecto, entre otros: Keith A Ehrman y Dennis A Henigan, «The Second Amendment in the Twentieth Century: Have You Seen Your Militia Lately?», *University of Dayton Law Review*, 15.1 (1989); Harlan Reynolds.

¹⁴⁵ Navid Khazanei y Max Andrucki, «First Amendment Homesickness, Second Amendment Homecoming: Hannah Arendt and 501(c) Militias», *Unbound*, 11.1 (2017), 54-90.

de los funcionarios públicos a desobedecer órdenes que afectasen el orden constitucional del Estado. La norma del artículo 20.4 de la Ley de Bonn recoge el mismo sentimiento, extendiéndolo a todos los ciudadanos de la federación¹⁴⁶.

Este derecho podría remontarse incluso al siglo XVI, con la doctrina de Martín Lutero. El protestantismo es una manifestación clara del ejercicio de la resistencia *lato sensu*. Sus actividades tenían rasgos de una desobediencia civil rudimentaria cuando no eran violentas; por el otro lado, ya con las guerras religiosas abiertas, darían forma a una resistencia violenta. Cynthia Grant sostiene que la resistencia practicada por el luteranismo en Alemania no estaba dirigida a una autoridad ilegítima; antes bien, reconocían la legitimidad del opresor, pero, a pesar de ello, lo resistían¹⁴⁷. A la luz de las disquisiciones hechas en el capítulo anterior sobre la legitimidad, pongo en duda esta afirmación. Sin embargo, resaltar el rol del protestantismo en el desarrollo del derecho de resistencia a la opresión es importante para darle sentido a la Ley de Bonn.

Tras reconocer la soberanía popular como principio básico del Estado alemán, el artículo 20 pasa a establecer un derecho colectivo a resistir los intentos de cualquier persona que pretenda alterar el orden constitucional. A través de una interpretación sistemática, este derecho no es concebido como un derecho fundamental, sino como un principio que rige la formación y el funcionamiento del Estado y la federación.

Para Ugartemendia Eceizabarrena, la Ley de Bonn recoge un derecho subjetivo pero también un deber de los ciudadanos de proteger la Constitución como el contenido de este derecho de resistencia constitucional. Este puede ser ejercido tanto individual como colectivamente¹⁴⁸. Sin embargo, otorgarle subjetividad a este derecho no parece ser la intención de la norma. La estructura de la norma sugiere que el derecho de resistencia es un ejercicio directo e inmediato de la soberanía popular que decreta en el segundo aparte del artículo 20. Con ello en mente, defender un ejercicio individual del derecho de resistencia sería admitir la posibilidad de que cualquier ciudadano podría darle vida a este derecho en solitario. La propia naturaleza de la resistencia, en tanto que aplicación de soberanía, exige un contenido colectivo a su subjetividad.

De esta manera, el derecho de resistencia es también una garantía constitucional. Esto explicaría por qué no está incluido como un derecho fundamental en la Constitución

¹⁴⁶ Claire Moulin-Doos, *Civic Disobedience: Taking Politics Seriously* (Baden-Baden: Nomos, 2015), p. 50.

¹⁴⁷ Cynthia Grant Shoenberger, *Luther and the Justifiability of Resistance to Legitimate Authority* (Ithaca: Cornell Law Faculty Publications, 1979), p. 20.

¹⁴⁸ «[e]ste derecho de Resistencia vendría conformado más que como un derecho subjetivo en sentido estricto, como un “derecho-deber” de defensa de la Constitución [...] Un derecho-deber de sustituir al Estado, como individuo o colectividad, en la función de garantía del orden constitucional». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 189.

alemana. El mismo autor sostiene que la Constitución italiana, en forma análoga, también lo reconoce como una garantía, con la diferencia que lo hace de forma implícita¹⁴⁹.

El artículo 20.4 de la Ley de Bonn recoge otra característica importante: la resistencia como último recurso. Los ciudadanos que se amparen en esta norma deben haber agotado todas las vías legales previstas para modificar el *statu quo* antes de instigar un movimiento abierto de resistencia. Esto sigue la misma línea expresada por los Whigs en la Revolución Americana, así como los demás teóricos de la resistencia que han sido explorados a lo largo de este trabajo.

2. Constitución griega

La Constitución de la República Helénica (1975) cuenta también con una norma expresa sobre el derecho de resistencia. Su artículo 120, identificado como disposición final, establece la supremacía del texto constitucional y describe el deber de los ciudadanos de defender el orden establecido por él. Como garantías de esta afirmación, describe dos puntos específicos acerca de la usurpación y la resistencia como fuerzas opuestas:

1. La presente Constitución, aprobada por la Quinta Cámara de los Diputados de Revisión Constitucional de los helenos se firma por su Presidente y se publica en el Diario oficial, por el Presidente de la República interino, mediante decreto ratificado por el Consejo de Ministros; entrará en vigor a partir del 11 de junio de 1975.
2. El respeto a la Constitución y a las leyes que les sean conformes, así como la devoción a la patria y a la República, constituyen un deber fundamental de todos los helenos.
3. La usurpación, de cualquier forma que sea, de la soberanía popular y de los poderes que de ella emanan, se persigue desde el restablecimiento del poder legítimo, a partir del cual comienza a correr la prescripción de este delito.
4. La observancia de la Constitución se confía al patriotismo de los helenos que tienen el derecho y el deber de resistir por todos los medios a cualquiera que pretenda su abolición por la violencia.

Existe un mandato claro en el artículo 120.3 de tipificar la usurpación como delito. Ello responde a los antecedentes de la Constitución de 1975. La Dictadura de los Coroneles es el nombre con el que es conocido el período autocrático iniciado en 1967 a través de un golpe de Estado militar, y culminado en 1974 con la instauración de la actual república. La finalización de esta etapa militarista da vida a una Constitución que ve muy de cerca la necesidad del pueblo de evitar gobiernos tiránicos.

La dictadura se encuadró en el juego de poder de la Guerra Fría, por lo tanto, Samuel Huntington la incluye en el mismo grupo de las dictaduras que rigieron en España y Portugal durante buena parte del siglo XX¹⁵⁰. En vista de esto, todas ellas tienen rasgos

¹⁴⁹ «[e]sta función de garantía constitucional que cumple el derecho de resistencia no tiene por qué entrar en contradicción con su calificabilidad jurídica como *potere di fatto*». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 191.

¹⁵⁰ Samuel Huntington, «Democracy's Third Wave», *Journal of Democracy*, 1991, 12-34 (p. 14).

semejantes tanto en su conformación militar como en la ferocidad de sus métodos de gobierno, dirigidos principalmente al sostenimiento del poder militar más que a la realización de la soberanía popular. Los llamados al «patriotismo de los helenos» son frecuentes en la Constitución griega para reforzar la importancia de evitar usurpaciones como la que dio origen a la Dictadura de los Coroneles.

Las constituciones de Lituania, Eslovaquia, Estonia (todas de 1992) y de Hungría (2011) responden a esta misma lógica histórica. Tienen diferencias notables, sin embargo. La Constitución de Lituania, como la Ley de Bonn, concibe al derecho de resistencia como atributo del propio Estado, es decir, como garantía para su estabilidad¹⁵¹. Lo mismo sucede con la Constitución húngara, estableciéndolo como un derecho-deber relacionado con la fundación del Estado¹⁵². La de Eslovaquia, por el otro lado, lo sistematiza como uno de los derechos políticos dentro de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y lo enfoca especialmente como remedio para la ilegitimidad de ejercicio con la justificación de otros derechos fundamentales¹⁵³. La Constitución de Estonia sigue este mismo ejemplo, ubicándolo como un derecho con énfasis en su carácter de último recurso¹⁵⁴.

El derecho de resistencia en el artículo 120.4, además de la tipificación penal de la usurpación, es garantía de la estabilidad constitución del Estado helénico. Queda claro de la redacción que se trata de un derecho de ejercicio colectivo, toda vez que es manifestación directa de la soberanía. La doble naturaleza de derecho-deber, descrita ya por Ugartemendia, se observa en forma diáfana en esta norma.

Una característica resaltante del caso griego es la autorización del uso de «todos los medios» para el ejercicio de este derecho de resistencia. Parece no contentarse con la resistencia pasiva y la llamada no-resistencia, como hace la Constitución de Hungría, sino que extiende el derecho también a la resistencia activa e incluso a la violencia en última instancia. Lo que sí queda claro es que dicha resistencia solo puede estar dirigida hacia individuos que pretendan abolir el orden constitucional de forma violenta, es decir, quienes

¹⁵¹ Constitución de la República de Lituania, artículo 3: «Nadie podrá restringir o limitar la soberanía de la Nación o hacer reclamaciones sobre poderes soberanos pertenecientes a toda la Nación. La Nación y cada ciudadano tendrá el derecho de resistir a cualquiera que usurpe por fuerza la independencia, integridad territorial, y orden constitucional del Estado de Lituania».

¹⁵² Constitución de Hungría, artículo C.2: «Nadie actuará con el propósito de adquirir o ejercer el poder por la fuerza, o de poseerlo exclusivamente. Todos tendrán el derecho y la obligación de resistir dichos intentos de una manera legal».

¹⁵³ Constitución de la República Eslovaca, artículo 32: «Si las actuaciones de las autoridades constitucionales o la aplicación de normas se hacen ineficaces, todo ciudadano tendrá el derecho de resistir contra cualquier que pretenda abolir el funcionamiento democrático de los derechos humanos y libertades fundamentales establecidos en esta Constitución».

¹⁵⁴ Constitución de la República de Estonia, artículo 54: «Un ciudadano estonio tiene el deber de ser leal al orden constitucional y de defender la independencia de Estonia. Si ningún otro medio está disponible, todo ciudadano estonio tiene el derecho de iniciar resistencia en contra un cambio violento del orden constitucional».

lleguen a ostentar una ilegitimidad de origen o de ejercicio. De ello se deduce un deber de lealtad constitucional que subyace al derecho: la resistencia debe tener como objetivo la conservación del orden constitucional.

Otro aspecto resaltante es la sistemática de la norma. Es colocada al final del texto constitucional, junto a otras disposiciones dentro del mismo artículo que hacen referencia a la vigencia y respeto debido a la Constitución. Como cierre de todo el sistema dogmático y orgánico prescrito, indica que, tanto el delito de usurpación como el derecho de resistencia, son garantías de la eficacia y vigencia de la Constitución.

3. *Constitución portuguesa*

Más cercana a nuestra realidad territorial, cultural y política se encuentra la Constitución de la República Portuguesa (1976). Así como la española, la Constitución portuguesa sustituye un régimen autoritario por otro democrático. En ese sentido, restituye la soberanía a la ciudadanía y, en consecuencia, legitima a los poderes creados por el poder constituyente.

Una diferencia importante entre ambas constituciones es, justamente, la naturaleza del movimiento que dio origen al retorno del poder constituyente ciudadano. En España, el proceso denominado la Transición se inició tras la muerte del dictador Francisco Franco, quien había gobernado a partir de la toma ilegítima del poder a través de una guerra civil. La Transición se llevó sin alzamientos populares o militares, con paz relativa con respecto a la ferocidad de la dictadura. Es decir, el paso de tiranía a democracia se dio en términos principalmente cívicos.

Portugal, por el contrario, pasó por varios intentos de golpe de Estado antes de lograr configurar una Asamblea Constituyente lo bastante respaldada como para promulgar una Constitución legítima. Este proceso, conocido como la Revolución de los Claveles, fue, justamente, un ejercicio del derecho de resistencia, si bien de forma violenta. La dictadura del *Estado Novo* fue derrocada por fuerzas militares apoyadas por la sociedad civil. De este apoyo surge la legitimidad de la Constitución que dio fin a la tiranía.

Esta ligera –y escuetamente descrita– diferencia histórica sobre el final de las dictaduras ibéricas de la década de 1970 da cuenta de una discrepancia fundamental entre ambas constituciones: la consagración del derecho de resistencia. Cuando la Constitución española solo hace una referencia superficial a la objeción de conciencia en materia militar¹⁵⁵, la Constitución portuguesa es clara en su artículo 21: «Todos tendrán el derecho

¹⁵⁵ Constitución del Reino de España, artículo 30.2: «La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación

de resistir toda orden que infrinja sus derechos, libertades o garantías y a, cuando no sea posible recurrir a las autoridades públicas, usar la fuerza para repeler cualquier agresión». Esta norma es notablemente más radical que las que han sido enumeradas dentro de este apartado sobre las constituciones europeas. El artículo se encuentra dentro de los principios generales de los derechos fundamentales, en el entendido de que funge como garantía para el cumplimiento de estos.

Tiene un doble contenido: por un lado, autoriza una desobediencia civil. Es decir, otorga un permiso genérico a todo ciudadano a desobedecer órdenes que no sean consecuentes con los derechos fundamentales de la misma Constitución. Por otro lado, y como etapa siguiente en un proceso de este derecho, autoriza incluso el uso de la fuerza para repeler cualquier ataque a los derechos fundamentales. La verdadera resistencia se encuentra en esta segunda parte. No va dirigida ya a órdenes concretas de las autoridades, sino a la autoridad misma, en tanto que viole lo consagrado en la parte dogmática de la Constitución portuguesa. No obstante, el elemento de *ultima ratio* sigue presente: la fuerza –la resistencia activa violenta– debe ser posterior al agotamiento de todos los recursos legales disponibles para la ciudadanía.

C. Constituciones latinoamericanas

1. Constitución venezolana

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) contiene dos normas relacionadas directamente con el derecho de resistencia a la opresión en un sentido lato. Ambas normas responden a una sistemática distinta entre sí. La primera de ellas es el artículo 333, ubicado dentro del título sobre la protección de la Constitución. En este sentido, debe interpretarse que esta disposición funge como garantía del orden constitucional, y no propiamente como un derecho:

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Nótese como se plasma en términos de deber y no de derecho. Es resaltante, además, que los hechos que dan origen a ese deber no estén referidos a la legitimidad de los poderes públicos sino tan solo a la vigencia de la Constitución. Alternativamente, el

social sustitutoria». Norma que resulta ineficaz a la luz de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, la cual abolió el servicio militar obligatorio en España.

artículo 350 –que le pone fin al título sobre la reforma y al propio texto constitucional– sí está dirigido a autoridades que ostenten el poder público:

El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

Tal como sucede con la Segunda Enmienda de la Constitución americana, esta disposición tiene un contenido doble: la protección de la República, la independencia, la paz y la libertad; y, seguidamente, la garantía prevista para asegurar esa protección. Sin embargo, el derecho que se percibe en esta norma es una versión ecléctica de la resistencia y de la desobediencia civil. Como objeto del desconocimiento ordenado por esta disposición se encuentran tanto autoridades como legislaciones. El artículo 333 va dirigido exclusivamente a ataques contra la Constitución, mientras que el 350 es un remedio a ataques a sus principios y a los derechos humanos. Este último prevé una desobediencia civil activa: el desconocimiento de un régimen, por ejemplo, implicaría el desconocimiento de sus sentencias judiciales. En este caso, una de las características de la desobediencia civil –la voluntad de sufrir la pena– parecería no estar presente. Lo que sí existe, en cualquier caso, es el requisito de la lealtad al orden constitucional: el desconocimiento se hace, no solo autorizado por una norma constitucional, sino con el objetivo de preservar el respeto a los principios, garantías y derechos humanos.

En parte por esta sistemática confusa, que se prestó a equívocos durante los primeros años de vigencia de la Constitución venezolana, la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia de dicho país conoció de un recurso de interpretación sobre estos artículos. Dicha acción devino en la sentencia número 24 de fecha 22 de enero de 2003, jurisprudencia que tiene el carácter de vinculante para cualquier actividad hermenéutica de estos artículos.

El artículo 333 fue denominado por la SC como «derecho a la restauración democrática» y caracterizado como un «mecanismo legítimo de desobediencia civil que comporta la resistencia a un régimen usurpador y no constitucional». Esta definición es una referencia directa a la resistencia a la opresión clásica, y esto también es reconocido por la misma sentencia. Esta interpretación extendió el contenido del acto de fuerza cometido contra la Constitución: no solo se limita a su expresa derogación. Un régimen usurpador es definido por su falta de legitimidad, como se ha dicho antes en este trabajo. El remedio de la resistencia, pues, existe en la Constitución venezolana siempre que esté dirigido hacia una usurpación.

La interpretación del artículo 350 fue más cuidadosa. Las circunstancias políticas del momento habían colocado el tema en la opinión pública sobre la desobediencia civil

como mecanismo de lucha. Sin embargo, era invocado contra los poderes públicos y no contra normas concretas, lo cual es una característica de la resistencia y no de la desobediencia. Con ello en mente, la sentencia de la SC, al discurrir sobre el artículo 350, lo hace resaltando sus limitaciones. De esta interpretación aparece el rasgo de último recurso de la resistencia y de la desobediencia civil. La SC sostiene que el artículo 350 solo puede ser invocado una vez agotados todos los medios judiciales de garantía disponibles, y cuando una resolución favorable no sea ejecutable en términos reales¹⁵⁶.

2. Constitución ecuatoriana

Más novedosa en términos cronológicos es la Constitución de la República del Ecuador (2008). No ubica el derecho de resistencia como un derecho fundamental, sino como una característica de la organización del Estado; en particular, como un mecanismo de participación popular. Su artículo 98 lo hace en los siguientes términos:

Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

A primera vista surge el mismo problema observado con respecto a la Ley de Bonn: la individualidad del derecho. No obstante, el énfasis de la norma parece estar concentrado en el ejercicio colectivo de la resistencia, sobre todo teniendo en cuenta la ubicación sistemática de la disposición: una sección titulada *Organización colectiva*.

Esta norma tiene dos aspectos diferenciadores de las demás que han sido estudiadas en este apartado. En primer lugar, está dirigido contra las acciones, no solo de un Estado ilegítimo o de quien pretenda usurpar la soberanía, sino de personas jurídicas no estatales. Tradicionalmente se ha desarrollado la usurpación y la tiranía en términos de individuos, no de personas jurídicas. Teniendo en cuenta el resto del contenido de la Constitución del Ecuador, este interesante agregado podría estar referido a poderes económicos o multinacionales de gran poder.

¹⁵⁶ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, SC, sentencia número 24 del 22 de enero de 2003: «En estos casos quienes se opongan deliberada y conscientemente a una orden emitida en su contra e impidan en el ámbito de lo fáctico la materialización de la misma, por encima incluso de la propia autoridad judicial que produjo el pronunciamiento favorable, se arriesga a que en su contra se activen los mecanismos de desobediencia, la cual deberá ser tenida como legítima si y solo si – como se ha indicado precedentemente- se han agotado previamente los mecanismos e instancias que la propia Constitución contiene como garantes del estado de derecho en el orden interno, y a pesar de la declaración de inconstitucionalidad el agravio se mantiene. No puede y no debe interpretarse de otra forma la desobediencia o desconocimiento al cual alude el artículo 350 de la Constitución, ya que ello implicaría sustituir a conveniencia los medios para la obtención de la justicia reconocidos constitucionalmente, generando situaciones de anarquía que eventualmente pudieran resquebrajar el estado de derecho y el marco jurídico para la solución de conflictos fijados por el pueblo al aprobar la Constitución de 1999».

En segundo lugar, el derecho de resistencia se prevé para el reconocimiento de nuevos derechos. Ya no solo está referido a la restitución del orden constitucional que garantice los derechos fundamentales, sino que se concibe como un mecanismo para asegurar derechos que no aparecen plasmados en la Constitución. Esta función creativa del derecho de resistencia es única en Derecho comparado, y aleja el debate totalmente del problema de la legitimidad. Sostengo que no es una función propia del derecho de resistencia, toda vez que no va dirigida a la restauración del orden constitucional. Considero que se trata de una forma más de participación pública, confundida por el constituyente ecuatoriano con la actividad colectiva que representa la resistencia civil.

Esta confusión parece revelarse con el artículo 99 *eiúdem*¹⁵⁷. No queda claro si el derecho de resistencia es parte de esa acción popular a la que hace referencia esta disposición. Constreñir el derecho a las acciones legalmente dispuestas, sin más, es desnaturalizar el concepto de resistencia. La lealtad al sistema puede conservarse incluso con métodos extrajurídicos, siempre que sean una manifestación clara del poder constituyente en contra de una ilegitimidad estatal; la dificultad es identificar dicha manifestación.

Lo mismo parece ocurrir en la Constitución de la República de Guatemala (1985)¹⁵⁸. Sin embargo, además de establecer una acción pública contra los infractores de los derechos humanos, contiene una segunda parte específica para el ejercicio del derecho de resistencia. Más que en la Constitución ecuatoriana, en la guatemalteca sí parece estar clara la distinción entre dicha acción pública y el derecho de resistencia, el cual, además, está sistematizado como un derecho individual autónomo.

3. Constitución paraguaya

Uno de los ejemplos más completos de un derecho positivo de resistencia se encuentra en la Constitución de la República del Paraguay (1992). Siguiendo la tendencia observada a lo largo de esta exploración, más que como un derecho, la Constitución paraguaya lo plasma como una de las disposiciones que rigen el orden político del Estado. El artículo 138, sobre la validez del orden jurídico, lo define como una autorización:

Se autoriza a los ciudadanos a resistir a dichos usurpadores, por todos los medios a su alcance. En la hipótesis de que esa persona o grupo de personas, invocando

¹⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador, artículo 99: «La acción ciudadana se ejercerá en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación; será presentada ante autoridad competente de acuerdo con la ley. El ejercicio de esta acción no impedirá las demás acciones garantizadas en la Constitución y la ley».

¹⁵⁸ Constitución de la República de Guatemala, artículo 45: «La acción para enjuiciar a los infractores de los derechos humanos es pública y puede ejercerse mediante simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna. Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución».

cualquier principio o representación contraria a esta constitución, detenten el poder público, sus actos se declaren nulos y sin ningún valor, no vinculantes y, por lo mismo, el pueblo en ejercicio de su derecho de resistencia a la opresión, queda dispensado de su cumplimiento.

Los estados extranjeros que, por cualquier circunstancia, se relacionen con tales usurpadores no podrán invocar ningún pacto, tratado ni acuerdo suscrito o autorizado por el gobierno usurpador, para exigirlo posteriormente como obligación o compromiso de la República del Paraguay.

Al hablar de «dichos usurpadores» se refiere al artículo inmediatamente anterior, sobre la supremacía de la Constitución. En él, se ordena la tipificación penal de la usurpación y declara la invalidez de todo acto proveniente de autoridades que hayan asumido de forma ilegítima el ejercicio de los poderes públicos o que hayan socavado la vigencia de la Constitución¹⁵⁹.

El concepto de resistencia que se maneja en esta norma es sumamente amplio. Incluye a la desobediencia civil, por ejemplo, al permitir que los ciudadanos incumplan activamente las órdenes dictadas por el usurpador. Pero, sobre todo, incluye una resistencia activa con posibilidad de violencia. Así como en la Constitución griega, la autorización paraguaya hace referencia a «todos los medios» disponibles. En una situación extrema de tiranía, esta apertura trasciende de los mecanismos estrictamente legales, como parece determinar contrariamente la Constitución ecuatoriana.

Lo novedoso e interesante está en la referencia a las consecuencias de Derecho internacional público de la instauración de una tiranía. Se trata de una característica que no se encuentra expresamente establecida en ninguna de las otras manifestaciones constitucionales del derecho de resistencia. Sin embargo, podría afirmarse que es un elemento implícito en todas ellas. Vale refrescar el proceso lógico: el ejercicio del derecho de resistencia parte de una ilegitimidad de algún poder público. Es decir, si el poder constituyente se resiste a reconocer y a acatar la autoridad del poder público, mal podrían otros Estados tener la expectativa de que ese poder constituyente acatase las obligaciones que dicha tiranía adquirió en forma ilegítima. Si bien esto solo aparece positivado en la Constitución paraguaya, no puede decirse que no se encuentre presente en el resto de las normas fundamentales que recogen el derecho de resistencia, aunque de forma implícita.

¹⁵⁹ Constitución de la República del Paraguay, artículo 137: «La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución».

4. Constitución argentina

La Constitución de la República Argentina (1853) recoge este derecho en su artículo 36; lo hace en términos semejantes a la Constitución paraguaya. Esta vez con un mayor énfasis en las penas que sufrirán quienes pretendan distorsionar el orden constitucional, usurpar el poder constituido, o lucrarse a costa del erario público:

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Esta disposición abre un capítulo del texto constitucional sobre *Nuevos derechos y garantías*. La sistemática parece seguir la tendencia según la cual la resistencia es un derecho fundamental. Sin embargo, la naturaleza de la norma sugiere que se trata más de una garantía. El objetivo de la norma es asegurar el orden constitucional, más que proteger el derecho de resistencia de los ciudadanos. La resistencia se observa como un mecanismo de defensa de la ciudadanía, y solo contra actos de fuerza. Junto a las penas que ordena dicho artículo, el reconocimiento de la resistencia es una garantía adicional del orden constitucional.

D. Otras manifestaciones

1. Constitución timorense

En la Constitución de la República Democrática de Timor Oriental (2002) se hace una breve mención al derecho de resistencia. El artículo 28.1 se expresa así: «Todos los ciudadanos tienen el derecho a desobedecer y a resistir una orden ilegal u órdenes ilegales que afecten sus derechos, libertades y garantías fundamentales».

No obstante, esta norma parece estar referida a un tipo específico de resistencia. Esto es, a la desobediencia civil. Toda vez que la acción resistente va dirigida a una norma concreta, más que a cuestionar la legitimidad de la autoridad que la dicta, estamos en presencia de una norma constitucional que le da validez a los actos de desobediencia civil.

La disposición está ubicada dentro de los principios generales sobre los derechos fundamentales. Esta sistemática, observada en otras constituciones, sugiere que la

desobediencia civil es un atributo inherente a los derechos fundamentales, tal como teorizó Dworkin¹⁶⁰. Será interesante observar si lo mismo podría ser predicable del derecho de resistencia a la opresión en sentido estricto, como será explorado en un capítulo posterior.

2. *Constituciones africanas*

El continente africano es rico en manifestaciones constitucionales del derecho de resistencia a la opresión. Muchas de estas constituciones son de reciente data, lo que convierte al continente en un interesante laboratorio para conocer el desarrollo de la juridicidad de la resistencia, y las motivaciones detrás de su inclusión en la norma fundamental. La Constitución de la República de Chad (1996), por ejemplo, ubica el derecho de resistencia en su preámbulo, en el cual invoca también las duras luchas que pasó dicha nación para salir de las dictaduras que la plagaron desde su independencia¹⁶¹.

La Constitución de la República de Guinea es clara en su artículo 21, pero no ofrece mayor contexto acerca del derecho: «Tienen [el pueblo de Guinea] a resistir la opresión». La Constitución de la República Togolesa (1992), por el otro lado, se extiende mucho más; hace referencia específica a las circunstancias de un golpe de Estado, de nuevo evocando razones históricas propias de la región. Esta norma es tanto más contundente cuanto permite expresamente el uso de la fuerza e incluso la intervención militar extranjera de ser necesario¹⁶². La Constitución de la República de Cabo Verde (1980) lo contempla como un principio general que rige a los derechos fundamentales, y permite igualmente el uso de la fuerza, siempre como último recurso de agotarse los medios legales disponibles¹⁶³.

Las Constituciones de las Repúblicas de Ghana, la Gambia y Sudán del Sur (1992, 1996 y 2011, respectivamente) prescriben el derecho de resistencia de maneras casi idénticas: todas lo presentan como un mecanismo para la defensa de la Constitución. La Constitución de Ghana, en su artículo 3.3, ordena la pena de muerte para todo el que

¹⁶⁰ Dworkin, p. 192.

¹⁶¹ Constitución de la República de Chad, Preámbulo: «[...] En consecuencia, nosotros, el pueblo chadiano: [...] Solemnemente proclamamos nuestro derecho y deber de resistir y desobedecer a todo individuo o grupo de individuos, y a cualquier órgano del Estado que tomase el poder por la fuerza, o lo ejerciese en violación de esta Constitución [...]».

¹⁶² Constitución de la República Togolesa, artículo 150: «En caso de un golpe de Estado, o de cualquier golpe de fuerza, cualquier miembro del gobierno o de la Asamblea Nacional tiene el derecho y el deber de usar todos los medios para reestablecer la legitimidad constitucional, incluyendo recurrir a acuerdos militares vigentes o sobre cooperación de defensa. En estas circunstancias, para todo togolés, desobedecer y organizarse para resistir la autoridad ilegítima constituye el más sagrado de los derechos y el más imperativo de los deberes. Todo derrocamiento del régimen constitucional es considerado un crimen imprescriptible contra la Nación y será sancionado de acuerdo a las leyes de la República».

¹⁶³ Constitución de la República de Cabo Verde, artículo 18: «Todos los ciudadanos tendrán el derecho a desobedecer cualquier orden que ofenda sus derechos, libertades y garantías, y a repeler por la fuerza cualquier agresión ilegal cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública».

participe en actos que socaven la vigencia de la Constitución; seguidamente, en el mismo artículo pero en su apartado 4, reconoce el derecho del pueblo de resistir dichos actos y prescribe el deber de restaurar el orden constitucional¹⁶⁴. Los actos descritos en esta norma son replicados al pie de la letra por el artículo 6 de la Constitución de la Gambia, esta vez sin el recurso a la pena de muerte; una diferencia es que los medios utilizados deben ser «razonablemente justificables», en lugar de otorgar libertad en los medios, como hace Ghana, para ejercer el derecho¹⁶⁵. La Constitución de Sudán del Sur se expresa en términos similares, pero mucho más breves y sin darle el carácter de derecho; no ofrece aclaración alguna acerca de los medios permitidos¹⁶⁶. En este último caso, además, no se deduce un derecho de resistencia ejercitable contra un gobierno ilegítimo, sino solo ante la agresión contra un gobierno legítimo.

E. Reglas comunes y diferencias

A partir de la descripción de estas normas de Derecho comparado que conciben el derecho de resistencia, es posible derivar una serie de reglas comunes que pueden dar luz acerca de su naturaleza. Sin embargo, las diferencias entre los sistemas hacen surgir también nuevas dudas acerca de qué es la resistencia y cómo se practica.

La característica más replicada en los textos constitucionales analizados es la de último recurso. Las constituciones de Cabo Verde, Estonia, Portugal y Venezuela (esta última por vía jurisprudencial) son especialmente enfáticas. La tradición prerrevolucionaria analizada en la Constitución americana es el germen de estas normas. Es necesario, para que puedan darse otros métodos de resistencia, que se agoten todos los mecanismos pacíficos y legales. La SC de Venezuela explicó que el ejercicio de la resistencia solo puede justificarse si existe una resolución judicial favorable a las peticiones del poder

¹⁶⁴ Constitución de la República de Ghana, artículo 3:

«[...] 3. Toda persona que-

a. por sí misma o en concierto de otras, a través de medios violentos o ilícitos, suspenda, derogue o abroge esta Constitución o cualquiera de sus partes, o pretenda dichos actos; o

b. colabore y participe de cualquier forma a una persona referida en el párrafo (a) de esta cláusula; comete el delito de alta traición y será, una vez convicto, sentenciado a muerte.

4. Todos los ciudadanos de Ghana tendrán el derecho y el deber en todo momento-

a. de defender esta Constitución, y en particular, de resistir cualquier persona o grupo de personas que pretendan cometer cualquiera de los actos referidos en la cláusula (3) de este artículo; y

b. de hacer todo en su poder para restaurar esta Constitución luego de que haya sido suspendida, derogada o abrogada como se refiere en la cláusula (3) de este artículo».

¹⁶⁵ Constitución de República de la Gambia, artículo 6.2: «Todos los ciudadanos de la Gambia tienen el derecho y el deber en todo momento de defender esta Constitución y, en particular, de resistir, hasta lo razonablemente justificable de las circunstancias, a cualquier persona o grupo de personas pretendiendo o intentando, por cualquier vía violenta o ilícita, suspender, derogar o abrogar esta Constitución o cualquiera de sus partes».

¹⁶⁶ Constitución de la República de Sudán del Sur, artículo 4.3: «Todo ciudadano tendrá el deber de resistir a cualquier persona o grupo de personas que pretendan derrocar al gobierno constitucional, o suspender o abrogar esta Constitución».

constituyente, pero que no pueda ejecutarse materialmente. No obstante, a mi juicio, esta es una limitación que va más allá del contenido del último recurso. Colocar cabo a la resistencia en una decisión judicial no toma en cuenta la problemática de origen acerca de la legitimidad: ¿y si es el poder judicial el que se ha hecho ilegítimo, como sucede justamente en la actualidad en Venezuela? Por ello, si bien la *ultima ratio* de la resistencia es parte de su naturaleza, su determinación no puede estar en manos del mismo poder público susceptible de ser ilegítimo.

La característica más importante, aunque no aparezca explícitamente en muchos textos, es la lealtad al orden constitucional. La lealtad le da sentido al requisito de *ultima ratio*, toda vez que es por ella que los resistentes deben procurar agotar todos los medios previstos por esa Constitución que defienden. Esta regla convive también con la desobediencia civil, como se ha visto. Se trata del requisito que más claramente distingue a la resistencia de la revolución, y por ello es indispensable. La revolución es siempre ilegítima *ex ante* en tanto que su objetivo es modificar violentamente al poder constituyente, mientras que la resistencia siempre busca restaurar el orden usurpado.

La resistencia es frecuentemente presentada con una doble faceta de derecho y de deber. Es, al mismo tiempo, un derecho y una garantía. La Segunda Enmienda de la Constitución americana lo ilustra claramente: para garantizar la seguridad del Estado, se establece el derecho a portar armas para repeler cualquier agresión externa o doméstica. Las constituciones de Argentina, Hungría y Portugal, entre otras, ejemplifican también esta característica. Ello no obsta a que algunas constituciones difieran en cuanto a la ubicación sistemática de la resistencia, en lo que ahondaré en las diferencias.

Anteriormente he argüido a favor de la interpretación del derecho de resistencia en sentido estricto como de ejercicio colectivo. Las constituciones de Ecuador, Grecia y Guatemala hablan generalmente en términos que se prestan para esta interpretación, pero no es algo que sucede en el resto de los textos constitucionales. Insisto en que se trata de una característica implícita en dichas normas. El ejercicio individual de la resistencia sería una usurpación en sí misma de la soberanía del poder constituyente. No sucede lo mismo, ciertamente, con la desobediencia civil: engrosar la opinión pública con una posición opuesta a una legislación concreta no es lo mismo que cuestionar la legitimidad democrática de un ente estatal, buscando el cese de sus funciones. Es así que la resistencia a la opresión no puede ser ejercida individualmente ya que, como he sostenido antes, ello equivaldría a colocar en manos de un individuo el ejercicio de la soberanía. El cuerpo del poder constituyente en resistencia debe ser de una magnitud tal que no quepa duda acerca de la ilegitimidad del usurpador o tirano.

Finalmente, si bien no quisiera denotarlo como una regla común, existe una característica presente en todas las anteriores manifestaciones. La resistencia a la opresión parece estar presente, de forma exclusiva, en sistemas regidos bajo un orden político republicano. De esta investigación no ha surgido una norma explícita acerca de la resistencia dentro de un ordenamiento monárquico. A primera vista, ello es irrelevante toda vez que lo importante para la resistencia es la determinación de en quién reside la soberanía. Abandonada ya la soberanía real en virtualmente todos los ordenamientos del mundo, no cabe duda de que la soberanía reside en la ciudadanía de cada país. Así las cosas, nada obsta a que la resistencia a la opresión pueda convivir en un sistema monárquico. Aquella observación, más que una regla, se trata de una curiosidad que puede dar origen a posteriores investigaciones, más políticas o históricas que jurídicas.

Hay dos diferencias notables en Derecho comparado acerca de la resistencia a la opresión. La más importante tiene que ver con el resultado de las interpretaciones sistemáticas. En los casos de Argentina, Eslovaquia, Estonia y Guatemala, por ejemplo, la plasmación de la resistencia se da como un derecho fundamental, junto a los más tradicionales como la vida, la libertad, la seguridad, etc. En estos casos, la resistencia convive con sus otros tres hermanos como sucedía en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Por el otro lado, Alemania, Ghana, Gambia, Lituania, entre otros, la ubican como un rasgo del orden político del Estado. Esto está relacionado con la duplicidad derecho-deber de la resistencia. La resistencia se permite siempre que el orden político del Estado esté en riesgo y que su restauración se encuentre más allá de remedios legales. Esta diferencia sistemática no debería oponer obstáculo alguno para el entendimiento del derecho de resistencia.

Adicionalmente, los medios permitidos para el ejercicio de la resistencia difieren. Los textos constitucionales de Cabo Verde, Ghana, Guatemala, Portugal y Togo son claros al permitir todos los medios disponibles, incluso el uso de la fuerza de ser necesario, para asegurar la restauración del orden democrático. Las constituciones de Ecuador, Hungría y la Gambia, por el otro lado, tienden a limitar los medios con fórmulas distintas. La Gambia, por ejemplo, lo hace con la expresión «razonablemente justificados». La distinción explica la aparente contradicción que existe entre permitir la resistencia y defender el orden. Al explorar el marco teórico de la resistencia y de la desobediencia civil, salió a relucir el temor, sobre todo positivista, de permitir la desobediencia civil y, al mismo tiempo, proteger la legalidad. Personalmente, observo que esta paradoja no es tal, y que en todo caso sería resuelta con una internalización de la lealtad al orden constitucional. Debe quedar muy claro, en todo ejercicio de la resistencia, que su objetivo no es la modificación

de la Constitución, sino su restauración y la finalización de una tiranía. Tan claramente es enunciado esto, como difícil es su identificación; aquí yace realmente el reto.

Estas diferencias delatan dos debates importantes, y aún vigentes, acerca del derecho de resistencia a la opresión. El primero de ellos está relacionado con su naturaleza, y es, justamente, el que abordo en este trabajo. El segundo tiene que ver con su método y su alcance. Ambas líneas dan vida a preguntas que convendría mucho ver resueltas en posteriores investigaciones sobre el tema.

IV. RESISTENCIA EN EL DERECHO

A. Como derecho positivo

A partir de los análisis anteriores, es posible evaluar en qué medida la resistencia a la opresión es un derecho. A todo evento, el objetivo es ubicar qué lugar ocupa la resistencia en el Derecho. Considero que no hay duda acerca de la relevancia jurídica de los hechos de resistencia. Después de todo, la meta del ejercicio de la resistencia es la protección de un ordenamiento y la supresión de una tiranía; con ello, se busca la nulidad de los actos que fomentaban la opresión resistida. Es importante proveer a dichas acciones de un sustento jurídico suficiente que mantenga intacta la legitimidad del poder constituyente que invoca la resistencia.

De la moral se exige un elemento de universalidad que debe encontrarse también en cualquier disquisición sobre la legitimidad o validez de una norma; las cuales, además, no son lo mismo¹⁶⁷. No basta con decir que la resistencia es legítima. Para que tenga cabida dentro del Derecho, es menester que ella sea válida, y esto solo es posible a través de una norma jurídica. Sainz de Rozas afirma acertadamente que la desobediencia en Martin Luther King no era solamente un llamado moral a las mayorías. Antes bien, el líder político se concentró en buscar un fundamento positivo en la Constitución americana. La desobediencia, así como la resistencia, no son conceptos exclusivos del Derecho natural¹⁶⁸.

Ese asidero positivo es necesario para que la resistencia no sea desechada como un método ilegal de participación política. Es cierto que la resistencia es una reacción de hecho, como dice García Cotarelo¹⁶⁹. Justamente por eso, y porque su objetivo es la conservación del orden constitucional, este hecho necesita de una respuesta por parte de

¹⁶⁷ Domingo García Marzá, «Naturaleza y justificación de la desobediencia civil», en *Enfoques de la desobediencia civil* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2001), pp. 15-32 (pp. 17-19).

¹⁶⁸ Sainz de Rozas, p. 55.

¹⁶⁹ «[I]a resistencia y revolución no buscan amparo en la legalidad, son reacciones de hecho». García Cotarelo, p. 45.

las normas, bien sea afirmativa o negativa. Esa respuesta solo puede encontrarse en las normas constitucionales, en donde se encuentra el orden del Estado que la resistencia busca defender, y en donde los ciudadanos deben encontrar los parámetros para dirigir sus acciones resistentes o desobedientes¹⁷⁰. La constitucionalización de la resistencia es una garantía del sometimiento del poder a la Constitución¹⁷¹.

En el caso de la desobediencia civil, Domingo García Marzá sostiene que esta tiene una doble justificación¹⁷²:

1. Justificación jurídica: La desobediencia civil encuentra asidero en el Derecho positivo constitucional y no en los valores morales.
2. Justificación política: La desobediencia civil es una manifestación democrática de corrección de las mayorías mediante la incitación de una discusión en la opinión pública.

Este doble sustento, según el mismo autor, amerita una interpretación restringida de la desobediencia. Todo esto es cierto también sobre la resistencia, ya que se trata de un concepto que comparte muchas características con aquella. Tantas que es posible afirmar que pertenecen a un mismo concepto más genérico, siendo ellas especies de un derecho más amplio.

1. Resistencia como término global

A lo largo de este trabajo he destacado que la resistencia, para que sea jurídica, debe contar necesariamente con la lealtad hacia el orden constitucional. La revolución, por otro lado, no requiere esta circunstancia, ya que la revolución es el acto de sustitución de la legitimidad¹⁷³. La legitimidad es un elemento imprescindible en cualquier estudio sobre la resistencia o sobre la desobediencia civil. Sin embargo, cuando un acto carece de legitimidad –como es el caso de la revolución– la discusión se circunscribe a un hecho, pero no a un derecho; en consecuencia, la resistencia no puede ser comparada con la resistencia en un campo jurídico¹⁷⁴.

La resistencia a la que hago referencia es también distinta de lo que García Marzá denomina desobediencia revolucionaria. Esta manifestación se escapa del concepto en tanto que, en primer lugar, prescinde del orden preexistente y, en segundo lugar, es

¹⁷⁰ «La Constitución no es solo un orden jurídico para juristas, que éstos debieran interpretar de acuerdo con las viejas y nuevas reglas de su oficio. Actúa esencialmente también como guía para no juristas: para ciudadanos y grupos». Peter Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional* (Madrid: Trotta, 1998), p. 46.

¹⁷¹ Ugarte Mendía Eceizabarrena, p. 115 y ss.

¹⁷² García Marzá, pp. 21-29.

¹⁷³ García Cotarelo, p. 89.

¹⁷⁴ García Cotarelo, p. 82.

violenta¹⁷⁵. La diferencia de la resistencia civil con la resistencia revolucionaria, reafirmo, no es el uso de la violencia, sino el respeto al *statu quo*¹⁷⁶. Es la misma diferencia que encuentra Rawls entre la desobediencia civil y la acción militante: la segunda no guarda una fidelidad general al Derecho por cuanto su idea de justicia se aleja de la de la mayoría¹⁷⁷. Todos estos nombres (revolución, desobediencia revolucionaria, acción militante) designan las acciones que buscan la modificación del ordenamiento desde su base constitucional a través de métodos extrajurídicos.

La violencia no es ajena a la resistencia, ya que el derecho se opone al ejercicio directo del poder por parte del poder público. La no-violencia se explica dentro del ámbito más pequeño de la desobediencia civil, pero no en el más amplio de la resistencia¹⁷⁸. Ello no quiere decir que toda resistencia amerite siempre valerse de la fuerza, pero, ya que la búsqueda no es el cambio legislativo sino el cambio gubernamental, es de esperar una reacción violenta por parte de la tiranía. Toda consideración relacionada con el uso de la fuerza por parte de los resistentes debe tener respuesta en el Derecho penal, con la pena justa para tal delito, pero no debe menoscabar el objetivo macro de la resistencia.

El propio Thoreau había titulado originalmente su famoso ensayo con la voz 'resistencia'. Casado da Rocha explica que existen fricciones necesarias y fricciones tiránicas; contra estas últimas, cabe la resistencia en sentido estricto¹⁷⁹. No puede haber desobediencia civil contra una tiranía porque no existe una legitimidad de fondo a la que se pueda aferrar el poder público, por ello se justifican otros métodos como la resistencia¹⁸⁰.

Hannah Arendt destaca que la desobediencia civil es un hecho político, pero no jurídico. Para que pueda ser jurídico, es necesario que exista el elemento de la publicidad, que es la característica principal que la autora le concede a la desobediencia, porque esta figura está destinada a actuar en favor de un grupo y no de una individualidad¹⁸¹. Aunque su relevancia sea discutible, la publicidad es necesaria también para la resistencia, toda vez que solo puede ser ejercida colectivamente en tanto que es uso de la soberanía.

Por todo ello, el concepto de la resistencia a la opresión debe incluir tanto a la resistencia *stricto sensu* como a la desobediencia civil. Habermas, en su ensayo *La*

¹⁷⁵ García Marzá, p. 31.

¹⁷⁶ Sainz de Rozas, p. 61.

¹⁷⁷ Rawls, p. 458.

¹⁷⁸ «En el marco de los sistemas representativos occidentales resulta contraproducente el uso de la violencia como medio de protesta de las minorías contra decisiones refrendadas legalmente». Estévez Araujo, p. 26.

¹⁷⁹ Casado da Rocha, pp. 38-39.

¹⁸⁰ «En quin moment el deure d'obeir les lleis promulgades per una majoria legislativa [...] deixa de ser vinculant en vista del dret a defensar les llibertats d'hom i el deure de lluitar contra la injustícia?». Rawls, p. 453.

¹⁸¹ Arendt, p. 75. Una tesis contraria puede encontrarse en García Cotarelo, p. 154.

desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho, maneja este mismo concepto amplio de resistencia en el contexto constitucional alemán, dentro del cual incluye a la desobediencia¹⁸². La juridicidad de uno es la juridicidad de ambos. La diferencia esencial entre ellos es el grado de su objetivo: la resistencia busca el cambio del ente tiránico, mientras que la desobediencia busca el cambio de una norma sin perturbar a la estabilidad de los poderes públicos¹⁸³.

Ahora bien, estos métodos tienen en común la búsqueda de modificaciones jurídicas a través de mecanismos ajenos a la legalidad: la desobediencia con respecto a normas concretas, y la resistencia estricta con respecto a los titulares de los poderes públicos. La revolución (denominada también desobediencia revolucionaria o acción militante anteriormente) sigue el mismo patrón solo que con respecto al sistema jurídico de base. Me he esforzado por presentar que el concepto del derecho de resistencia a la opresión puede englobar tanto a la resistencia estricta como a la desobediencia civil, pero reafirmo que la revolución no tiene cabida puesto que no parte de la premisa de lealtad a la Constitución.

B. Como derecho fundamental

Los mismos requisitos que Ugartemendia identifica para la justificación de la desobediencia deben darse para la resistencia, ya que forman parte de un mismo concepto global: la resistencia a la opresión en un sentido amplio. Estos son, primeramente, que la conducta entre dentro del ámbito de protección de un derecho fundamental, y, en segundo lugar, que exista una verificación jurisdiccional ponderativa¹⁸⁴. De acuerdo con Häberle, el contenido constitucional es indeterminado y «vive de la interpretación», la cual debe darse en una sociedad abierta a los intérpretes constitucionales¹⁸⁵.

La pregunta sobre si la resistencia es un derecho fundamental no es baladí, en vista de que está en juego el funcionamiento de la «estructura básica de la sociedad»¹⁸⁶. Esta consideración conlleva la consecuencia adicional de que cualquier evaluación judicial sobre la resistencia estará sustraída del bloque de la legalidad. Cuando el debate corresponde a los «límites de la política», no puede estar en manos de un poder legislativo constituido,

¹⁸² Habermas, *Ensayos políticos*, p. 55.

¹⁸³ «Las situaciones de resistencia activa tienen un impacto incomparablemente mayor que el de la desobediencia civil». Habermas, *Ensayos políticos*, p. 62.

¹⁸⁴ Ugartemendia Eceizabarrena, pp. 243-44.

¹⁸⁵ Citado por Estévez Araujo, p. 83.

¹⁸⁶ «Mediante los derechos fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad». Robert Alexy, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), pp. 31-47 (p. 34).

sino que debe entrar el Derecho constitucional¹⁸⁷. La tiranía y, como reacción, la resistencia, son límites de la política.

Luigi Ferrajoli identifica tres criterios «meta-éticos» para la identificación de los derechos fundamentales: paz, igualdad, y leyes del más débil¹⁸⁸. La resistencia a la opresión entraría como derecho fundamental con base en el tercer criterio. Riccardo Guastini, por otro lado, parte de un criterio funcional para la clasificación de los derechos fundamentales; esto es, serán derechos fundamentales si persiguen regular alguno de los siguientes ámbitos: (i) organización del Estado, (ii) relaciones entre Estado y ciudadanos, (iii) ordenación de la legislación, y (iv) expresión de valores y principios que informan al ordenamiento¹⁸⁹. Estévez Araujo sostiene que Schmitt, por el otro lado, solo estaría de acuerdo en que los derechos fundamentales serían los que ordenasen las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, ya que todos los demás campos se escapan de los principios fundamentales que procura una Constitución¹⁹⁰. La resistencia en sentido amplio entra, justamente, en ese campo. Por ello, la resistencia debe tomarse como un derecho fundamental en un sentido funcional, y en ello Schmitt es especialmente vehemente¹⁹¹.

Según Ralf Dreier, desobediencia es un derecho fundamental del mismo calado que la libertad, igualdad y dignidad, y solo puede deducirse tras un ejercicio de ponderación. La desobediencia siempre pertenecerá a la familia de los derechos fundamentales porque es una forma para su ejercicio¹⁹². Realmente, Dreier no se refiere a la desobediencia civil estrictamente, sino al *Widerstandsrecht*, *ius resistendi* o 'derecho de resistencia'¹⁹³. La relevancia de esta interpretación está en que es el juzgador quien dotará de verdadero contenido al derecho plasmado en la Constitución¹⁹⁴. Ya que estamos en presencia de un derecho fundamental que podría entrar en conflicto con otros, la interpretación ha de dotarle de un contenido específico para el caso concreto; en ese ejercicio, según Häberle, los derechos se medirán como magnitudes y no como jerarquías¹⁹⁵.

¹⁸⁷ Alexy, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», p. 47.

¹⁸⁸ Ferrajoli, «Sobre los derechos fundamentales», pp. 74-75.

¹⁸⁹ Riccardo Guastini, «Sobre el concepto de constitución», en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2007), pp. 15-27 (pp. 17-18).

¹⁹⁰ Es decir, los derechos que son «anteriores y superiores al Estado; que éste no crea, sino que se limita a reconocer». Estévez Araujo, p. 92.

¹⁹¹ «El derecho de Resistencia del individuo es el medio más extremado de defensa, y un derecho inalienable, pero también inorganizable. Pertenece de modo esencial a los derechos fundamentales». Schmitt, p. 169.

¹⁹² Ralf Dreier, «Derecho y moral», en *Derecho y filosofía* (Barcelona: Alfa, 1985), p. 99.

¹⁹³ Citado por Estévez Araujo, pp. 38-39.

¹⁹⁴ «[E]l reconocimiento constitucional de un derecho no constituye una garantía definitiva de su efectiva aplicación, pues la interpretación que de su contenido hagan los órganos del Estado puede llegar a desvirtuarlo completamente». Estévez Araujo, p. 19.

¹⁹⁵ «Si los derechos fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario, si son elementos constitutivos del cuadro integral de la Constitución y si se encuentran en una relación de

El método de Alexy para la ponderación es útil para esta interpretación¹⁹⁶. Empecemos con la desobediencia civil como derecho. En este caso, los principios en conflicto son la validez de la legalidad (P_1) y los derechos fundamentales afectados, por ejemplo, la igualdad, en el caso de Martin Luther King (P_2). La norma desobedecida (Z_1) prohíbe la norma hipotética de la desobediencia civil (Z_2), según la cual, de existir una injusticia, entonces Z_1 puede ser desobedecida. Para definir la preeminencia de P_2 sobre P_1 , debe verificarse que los medios utilizados para hacer valer P_2 (M_2) son necesarios, adecuados y proporcionales. M_2 solo es necesario si no existe otro mecanismo viable (*ultima ratio*). Es debatible si M_2 es apto para lograr P_2 en cada caso concreto, pero sus métodos no impiden la realización de P_1 . M_2 será proporcional en la medida en que la violación de P_2 sea tal que el mismo P_1 se vea afectado; si la validez de la ley no puede garantizar la protección de los derechos fundamentales, la desobediencia de esas leyes es un método proporcional. En consecuencia, Z_2 es una regla verdadera.

Con respecto a la resistencia, el ejercicio es semejante. En este caso, P_1 es la estabilidad institucional y P_2 es el orden constitucional. Z_2 , pues, sostiene que, de haber tiranía, la autoridad puede ser socavada; Z_1 es su hipotética prohibición. M_2 es necesario solo como último recurso. M_2 es adecuado en tanto que es apto para lograr el fin de P_2 , pero podría ser potencialmente inadecuado si se hace uso de la violencia, ya que se podrían poner en juego otros principios fundamentales (P_n) y provocar otras ponderaciones que anulen a Z_2 . La proporcionalidad es clave para esto, ya que, si la violación de P_2 es máxima, entonces P_1 carece de legitimidad; el límite de M_2 está en la no alteración de P_n . Así, Z_2 puede ser necesario, adecuado y proporcional, siempre que no afecte a P_n .

Tanto la desobediencia civil como la resistencia en sentido estricto pueden prevalecer en un estudio de ponderación. Por ello, el derecho de resistencia a la opresión es un derecho fundamental. En palabras de Estévez Araujo, «[e]sto no significa que la desobediencia civil esté siempre jurídicamente justificada. Ni siquiera significa que lo esté frecuentemente. Pero sí pone de manifiesto que la tesis de que la desobediencia civil nunca puede estar justificada resulta insostenible»¹⁹⁷.

recíproco condicionamiento con los otros bienes constitucionales, entonces se concluye que su contenido y sus límites deben ser determinados teniendo en cuenta también otros bienes constitucionales reconocidos más allá de ellos». Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional* (Granada: Comares, 2003), p. 68. La ponderación de los derechos fundamentales, entonces, es «algo más parecido a un campo de fuerzas que a un sistema de normas organizado y jerarquizado». Estévez Araujo, p. 109.

¹⁹⁶ Estévez Araujo, pp. 115-16; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), p. 83.

¹⁹⁷ Estévez Araujo, p. 150.

1. Riesgos para el orden democrático

La crítica más fuerte contra las anteriores consideraciones proviene de la estabilidad del orden democrático. García Cotarelo sostiene que dicha crítica tiene dos manifestaciones¹⁹⁸: una formal, según la cual las normas procedimentalmente perfectas no pueden ser desacatadas; y una material, que nace del temor de que la resistencia pueda generar anarquía e inseguridad¹⁹⁹. La primera de ellas parte de un positivismo puro, y comete el error de colocar en un plano de equivalencia la validez de las normas con su legitimidad. La crítica formal, pues, no basta para deteriorar el argumento de que la resistencia es un derecho fundamental²⁰⁰. La material, por el otro lado, merece una respuesta.

Robert Alexy clasifica tres formas de ver la relación entre derechos fundamentales y democracia²⁰¹:

1. Ingenua: Si dos cosas buenas nunca pueden contrariarse, entonces no puede haber contradicción entre derechos fundamentales y democracia. Se trata de una perspectiva positivista dura que sostiene que no existiría ninguna posibilidad de conciliar el derecho de resistencia a la opresión con el orden democrático.
2. Idealista: Existe la posibilidad de que se den conflictos entre dos bienes jurídicos, por lo tanto, la convivencia entre derechos fundamentales y democracia solo puede darse en un plano ideal al que debe aspirar el legislador. Esto ya es una posición más flexible del positivismo que permite, al menos, una discusión acerca de la resistencia como derecho fundamental.
3. Realista: Los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, profundamente democráticos, por su contenido, y profundamente antidemocráticos, por su forma. En otras palabras, las evaluaciones acerca de los derechos fundamentales se dan en un foro no democrático: el control judicial de la constitucionalidad.

Dworkin sostiene que los derechos fundamentales están por encima de las necesidades de la mayoría, salvo que exista un derecho concurrente²⁰². Esa concurrencia debe ser resuelta por la interpretación teleológica de la ponderación que ha sido ya analizada²⁰³. Rawls afirma que no existe ningún peligro en el reconocimiento de la

¹⁹⁸ García Cotarelo, p. 150.

¹⁹⁹ «Quien practica la desobediencia civil en el Estado de derecho juega con la seguridad jurídica [...] ya que, como dice Geissler, “suspende el hacha sobre la democracia”». Falcón y Tella, p. 57.

²⁰⁰ “[A]ny society that claims to recognize rights at all must abandon the notion of a general duty to obey the law that holds in all cases”. Dworkin, p. 196.

²⁰¹ Alexy, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», pp. 37-38.

²⁰² Dworkin, p. 191.

²⁰³ «Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación». Alexy, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», p. 35.

desobediencia ya que su recurso es el uso de la consciencia de la ciudadanía, que no puede ser mermada por prohibiciones legales²⁰⁴.

Rawls incluso va más allá al sostener que la desobediencia civil es necesaria para la conservación de un régimen democrático constitucional²⁰⁵. Más aún, Dworkin es claro al afirmar que se puede romper la ley, pagando la pena, cuando no se causa un daño²⁰⁶. Ambos reconocen de esta manera que la desobediencia civil en efecto es la violación de una norma; pero, al hacerlo con base en un derecho fundamental, lo que realmente sucede es que se está ejerciendo el derecho fundamental quebrantado a través de un mecanismo moral, una vez agotados los remedios legales si estos han sido ineficaces²⁰⁷. Todo esto es predicable también con respecto a la resistencia a la opresión en la medida en que los medios sean proporcionales y de último recurso.

2. El fratricidio

La objeción democrática a la resistencia tiene la fuerza adicional cuando el ejercicio de este derecho recurre a actos violentos. Una exploración más profunda sobre el rol de la fuerza armada, de haberla, daría luces más específicas sobre la legitimidad de una resistencia puramente violenta. En este caso, se deberá entender como violenta por cuanto la fuerza utilizada es la que ha sido institucionalizada en manos del Estado. Una hipótesis inicial, sin embargo, puede ofrecerse. En tanto que es parte del poder público, la fuerza armada puede ser también ilegítima. Así las cosas, ante órdenes dirigidas a prolongar un estado de violación de derechos humanos, la fuerza armada debe desobedecer; si no ocurriese así, perdería toda autoridad legítima. En consecuencia, siguiendo el argumento de este trabajo, nada obsta a que el poder constituyente se subroque en dicho rol.

Si, como sostiene Dworkin, existe un derecho fundamental a no sufrir daños, entonces la violencia sería un obstáculo impasable para la resistencia²⁰⁸. Este derecho fundamental proviene de aquellos hermanos nacidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La libertad, la propiedad y la seguridad eran aquellos derechos inherentes a la persona humana que habían sido proclamados durante la

²⁰⁴ «El tribunal últim d'apel·lació no és l'aparell judicial, ni l'executiu ni el legislatiu, sinò l'electorat en el seu conjunt [...] No hi ha cap perill d'anarquia en la mesura que hi hagi una entesa suficient entre les concepcions de la justícia dels ciutadans i es respectin les condicions per recórrer a la desobediència civil. Que els homes poden arribar a aquesta entesa i respectar aquests límits quan es mantenen les llibertats polítiques bàsiques és un supòsit implícit de la política democràtica». Rawls, p. 483.

²⁰⁵ «[L]a teoria de la desobediència civil complementa la concepció purament legal de la democràcia constitucional». Rawls, p. 478.

²⁰⁶ Dworkin, p. 189.

²⁰⁷ «Tot i que, estrictament parlant, aquesta manera d'actuar és contrària a la llei, constitueix, tanmateix, un mitjà moral correcte per mantenir un règim constitucional». Rawls, p. 476.

²⁰⁸ Dworkin, pp. 217-18.

Revolución Francesa. Ahora bien, estando en presencia de dos derechos fundamentales, es necesario recurrir al análisis de ponderación descrito anteriormente. En esa medida, la resistencia activa –consagrada, como se ha visto, en varias constituciones mediante las fórmulas «todos los medios posibles» o «uso de la fuerza»– podría estar justificada²⁰⁹.

En esta alegoría que ya he esbozado, estos tres derechos habrían matado a su hermano mayor: la resistencia a la opresión. La crítica a la resistencia, incluso violenta, viene de un interés por preservar la integridad de esos tres hermanos. No obstante, la idea de Häberle sobre la función de los derechos fundamentales le da nueva vida a la resistencia a la opresión. Según él, los derechos fundamentales existen para garantizar la democracia²¹⁰. Si se permite que una tiranía continúe en su afán de cenizar al poder constituyente, sin una válvula de escape, el orden democrático está viciado. Por ello puede entenderse que la resistencia a la opresión, a través de medios proporcionales y adecuados, es un derecho fundamental, en tanto que es una garantía extrema del orden democrático.

C. La reforma constitucional como alternativa a la revolución

Según Schmitt, la Constitución está formada por un núcleo duro y por las leyes constitucionales; aquel contiene las normas sobre el modo de existencia de la unidad política, y estas son el resto de disposiciones secundarias que no afectan al primero²¹¹. Para él, la Constitución requiere de «una instancia dotada de legitimidad» para su modificación²¹². La reforma constitucional schmittiana compagina con la excepcionalidad que Sieyès atribuye a las asambleas constituyentes, en la línea de limitar sus poderes para preservar el núcleo duro que da vida al orden constitucional²¹³.

Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se percibe que la resistencia no puede ser un quebrantamiento del orden constitucional cuando existe una

²⁰⁹ «En consecuencia, si el bien que debe ceder (cesión gradual) a la luz de la operación de ponderación es el protegido por la norma de derecho fundamental, podrá entenderse que la conducta (sea o no desobediente civil) que entra dentro del supuesto de hecho delimitado por la misma, aun siendo jurídicamente injustificada, puede todavía ser jurídicamente excusada o mitigada en su sanción en atención precisamente a la proporcionalidad de aquel sacrificio». Ugarte Mendia Eceizabarrena, p. 278.

²¹⁰ «Si no son tutelados los derechos fundamentales, no existe para la minoría alguna posibilidad de convertirse en mayoría. Justamente esto es una característica esencial de la democracia». Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, p. 48.

²¹¹ Schmitt, p. 48.

²¹² Estévez Araujo, p. 66.

²¹³ «[La reforma constitucional] es una facultad extraordinaria. Sin embargo, no ilimitada; pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal sentido, “competencia” auténtica». Schmitt, p. 118.

tiranía²¹⁴. Sin embargo, la revolución, como se ha dicho, no entra en el concepto paraguas de resistencia que se ha estado manejando. La Constitución inició la vía de su propia reforma como reacción a los eventos violentos de inestabilidad que siguieron a 1789. A partir del inicio del proceso del Estado constitucional, la reforma de la Constitución ha ocupado el «lugar de las revoluciones»²¹⁵. En aquel momento histórico, bien pudo justificarse la revolución como elemento de la resistencia a la opresión, pero no ya cuando existe el mecanismo de la reforma constitucional. Lo único que el orden democrático no permite en términos de resistencia es la revolución —entendida como instauración de una nueva Constitución—, ya que ella va dirigida al núcleo duro de la Constitución; la resistencia en sentido estricto y la desobediencia civil no tendrían por qué atentar en su contra por cuanto su objetivo es su conservación²¹⁶. Por ello la he excluido de la noción amplia de resistencia.

La revolución no es parte del derecho de resistencia a la opresión ya que aquella busca la modificación de la regla de reconocimiento²¹⁷. Este cambio solo es posible a través de mecanismos democráticos previstos en la Constitución; lo contrario sería una alteración del orden constitucional, evento que no sucede en el caso de la resistencia. El derecho a la revolución ha sido absorbido por la reforma constitucional. La pregunta abierta sería si es posible afirmar que la revolución es legítima si logra el cambio que busca; es decir, si la legitimidad en estos casos pueda ser *ex post*²¹⁸. Creo que la respuesta debe ser afirmativa, ya que la validez de la Constitución no es siempre igual a su legitimidad, y porque pocos son los Estados que no hayan tenido en su Historia una sola Constitución.

V. CONCLUSIONES

Primera: La resistencia a la opresión es, en efecto, un derecho fundamental en sentido funcional. Al mismo tiempo, posee la dualidad de ser un derecho-deber, en tanto que funge como garantía intrínseca de los demás derechos fundamentales de libertad. Está

²¹⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 16: «Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución».

²¹⁵ Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, p. 78.

²¹⁶ «Dicho de otra forma, la constitucionalización del derecho de resistencia al poder público no tiene por qué implicar la imposibilidad de justificar o legitimar constitucionalmente una resistencia. Lo que sí conlleva es la imposibilidad de hacerlo al margen del ordenamiento jurídico-constitucional o de los principios de justicia en los que éste se sustenta, pues en un Estado constitucional democrático tanto la función de garantía del Derecho como el fundamento de legitimidad para llevar a cabo dicha función residen en la Constitución democrática. Este fundamento y esta función han sido asumidos, monopolizados, por la Constitución Democrática». Ugartemendia Eceizabarrena, p. 119.

²¹⁷ Falcón y Tella, p. 97.

²¹⁸ Guastini, p. 26.

así compuesto por el acto de resistir autoridades ilegítimas, y por la validez jurídica de los actos y consecuencias de esa resistencia.

Segunda: La desobediencia civil no es una actualización o desarrollo evolutivo del clásico derecho de resistencia a la opresión, como formulé en la segunda hipótesis de este trabajo. Antes bien, la desobediencia civil es un tipo de resistencia a la opresión, entendida esta en un sentido amplio. La desobediencia tampoco es, por lo tanto, una alternativa a la resistencia en sentido estricto, ya que sus objetivos responden a distintas necesidades.

Tercera: La resistencia a la opresión en sentido estricto no ofrece una contradicción esencial con el orden constitucional, siempre que se den sus requisitos. Estos son los siguientes: lealtad al ordenamiento nuclear duro, agotamiento de todos los recursos legales previstos, proporcionalidad y adecuación en los medios utilizados, y ejercicio colectivo de una magnitud altamente representativa del poder constituyente. Las teorías jurídicas contemporáneas –positivismo y neoconstitucionalismo– no rechazan necesariamente la juridicidad de la resistencia a la opresión, simplemente permiten diferentes explicaciones del fenómeno y dan cuenta de las diferencias sistemáticas en Derecho comparado.

Cuarta: La revolución formó parte del derecho clásico de resistencia a la opresión, pero ha sido absorbida por los mecanismos de reforma constitucional modernos. La revolución violenta es una transgresión de la obligación política, por lo tanto carece de legitimidad *ex ante*. La resistencia *stricto sensu*, en cambio, no transgrede dicha obligación sino que la hace valer.

Quinta: El campo de investigación sobre la resistencia a la opresión puede enfocarse en dos ámbitos en donde se presentan las mayores diferencias: su naturaleza jurídica, y los métodos para su realización. Con respecto al primer problema, sería de interés un análisis comparado, no ya de su regulación constitucional, sino de su castigo penal; un estudio comparado sobre el delito de rebelión o sedición en contraste con la aparición o no del derecho de resistencia a la opresión en la respectiva Constitución delataría si existe o no una relación entre la resistencia y los derechos fundamentales. En cuanto al alcance de la resistencia, una exploración más profunda sobre el rol de las fuerzas armadas nacionales daría luces sobre la violencia como un potencial método de resistencia; a primera vista, su uso parece determinado por la magnitud de la ilegitimidad del poder público y por la viabilidad de su eventual éxito.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), pp. 31-47

- , *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993)
- Arbós, Xavier, «Orígens i evolució del concepte de sobirania», en *Les transformacions de la sobirania i el futur polític de Catalunya* (Barcelona: Proa, 2000), pp. 33-68
- Arendt, Hannah, *Crises of the Republic* (Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972)
- Atria, Fernando, «La ironía del positivismo jurídico», *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27 (2004), 81-139
- Barnett, Randy E, y Evan Bernick, *The Letter and the Spirit: the Judicial Duty of Good-Faith Constitutional Construction* (Washington, D.C., 2017)
<<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1946>>
- Bodin, Jean, *Los seis libros de la república* (Madrid: Aguilar, 1973)
- Boétie, Étienne De La, *Discurso sobre la servidumbre voluntaria o el Contra Uno* (Madrid: Tecnos, 1980)
- Casado da Rocha, Antonio, «Henry Thoreau y compañía. De la teoría a la praxis», en *Enfoques de la desobediencia civil* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2001), pp. 33-52
- Dreier, Ralf, «Derecho y moral», en *Derecho y filosofía* (Barcelona: Alfa, 1985)
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (Londres: Duckworth, 1978)
- Ehrman, Keith A, y Dennis A Henigan, «The Second Amendment in the Twentieth Century: Have You Seen Your Militia Lately?», *University of Dayton Law Review*, 15 (1989)
- Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid: Trotta, 1994)
- Falcón y Tella, María José, *La desobediencia civil* (Madrid: Marcial Pons, 2000)
- Fenton, Zanita, «Disarming State Action; Discharging State Responsibility», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 52 (2017), 47-71
- Ferrajoli, Luigi, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), 15-53
- , «Sobre los derechos fundamentales», en *Teoría del neoconstitucionalismo*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), pp. 71-89
- García Cotarelo, Ramón, *Resistencia y desobediencia civil* (Madrid: Eudema, 1987)
- García Marzá, Domingo, «Naturaleza y justificación de la desobediencia civil», en *Enfoques de la desobediencia civil* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2001), pp. 15-32

- Grant Shoenberger, Cynthia, *Luther and the Justifiability of Resistance to Legitimate Authority* (Ithaca: Cornell Law Faculty Publications, 1979)
- Guastini, Riccardo, «Sobre el concepto de constitución», en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2007), pp. 15-27
- Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional* (Granada: Comares, 2003)
- , *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional* (Madrid: Trotta, 1998)
- Habermas, Jürgen, *Ensayos políticos* (Barcelona: Península, 1988)
- , *La inclusión del otro* (Barcelona: Paidós, 1999)
- Harlan Reynolds, Glenn, «A Critical Guide to the Second Amendment», *Tennessee Law Review*, 62 (1995), 461-511
- Hobbes, Thomas, *Leviathan* (Londres: Reimpreso por Oxford University Press, 1651)
- Huntington, Samuel, «Democracy's Third Wave», *Journal of Democracy*, 1991, 12-34
- Kates, Don B, «Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment», *Michigan Law Review*, 82 (1983), 204-73
- , «The Second Amendment: A Dialogue», *Law and Contemporary Problems*, 49 (1986), 143-50
- Khazanei, Navid, y Max Andrucki, «First Amendment Homesickness, Second Amendment Homecoming: Hannah Arendt and 501(c) Militias», *Unbound*, 11 (2017), 54-90
- Locke, John, *Two Treatises of Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 1963)
- Magliocca, Gerard N, «The Bill of Rights as a Term of Art», *Notre Dame Law Review*, 92 (2016), 231-69
- Maier, Pauline, *From Resistance to Revolution* (Nueva York: W. W. Norton, 1991)
- Moulin-Doos, Claire, *Civic Disobedience: Taking Politics Seriously* (Baden-Baden: Nomos, 2015)
- Muñoz Machado, Santiago, *Vieja y nueva constitución* (Barcelona: Planeta, 2016)
- Peña González, José, *Historia política del constitucionalismo español* (Madrid: Dykinson, 2006)
- Rawls, John, *Una teoría de la justicia* (Gerona: Accent, 2010)

- Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social* (Madrid: Aguilar, 1970)
- Rubio Llorente, Francisco, «La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», en *Libro homenaje a J. Sánchez Covisa* (Caracas: Sucre, 1975), pp. 905-24
- Sainz de Rozas, Rafael, «Tratamiento jurídico de la desobediencia civil», en *Enfoques de la desobediencia civil* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2001), pp. 53-65
- Samuel, Geoffrey, «Comparative Law and its Methodology», en *Research Methods in Law* (Londres: Routledge, 2013)
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982)
- Schroeder, Nicholas, «Passive Virtues and the Second Amendment», *Michigan State Law Review*; *J.D.*, 2016, 1357-1407
- Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?* (Madrid: Aguilar, 1973)
- Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático* (Madrid: Marcial Pons, 1999)
- Volokh, Eugene, «The Commonplace Second Amendment», *NYU Law Review*, 73 (1998), 793-821
- Zweigert, Konrad, y Hein Kötz, *Introducción al Derecho Comparado* (Oxford: Oxford University Press, 2002)